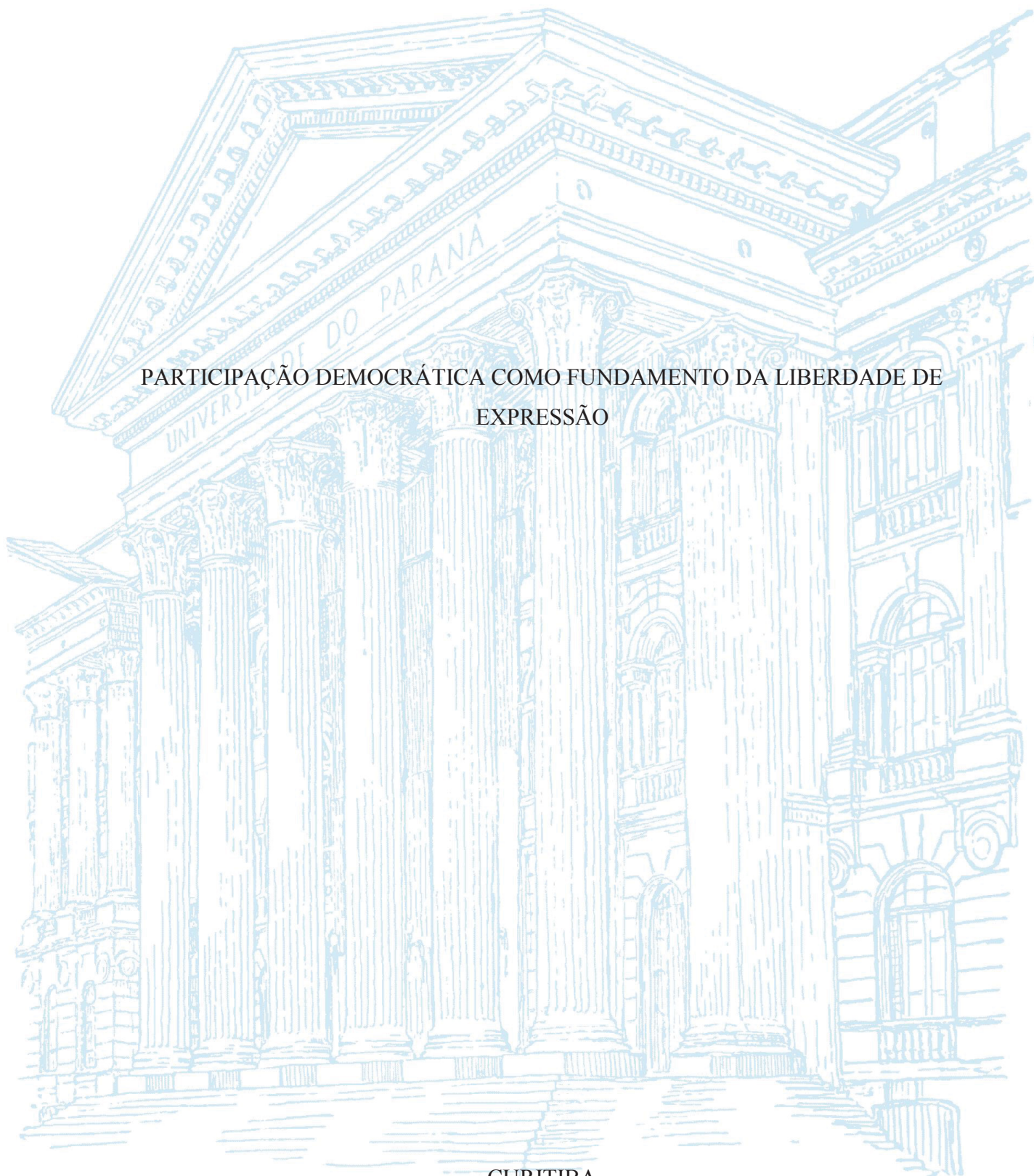


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDUARDO XAVIER COSTA ANDRADE

PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE
EXPRESSÃO

CURITIBA
2019



EDUARDO XAVIER COSTA ANDRADE

PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE
EXPRESSÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito do Estado.

Linha de pesquisa: Perspectivas da Dogmática Crítica.

Orientador: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri.

CURITIBA
2019

A553p

Andrade, Eduardo Xavier Costa

Participação democrática como fundamento da liberdade de expressão: contribuições de Robert Post, James Weinstein e seus críticos / Eduardo Xavier Costa Andrade; orientadora: Vera Karam de Chueiri. – Curitiba, 2019. 145 p.

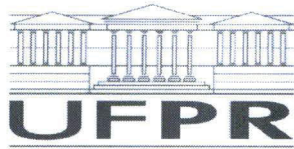
Bibliografia: p. 139-145.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Liberdade de expressão. 2. Democracia participativa.
3. Direito constitucional. I. Chueiri, Vera Karam de. II. Título.

CDU 342.727

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **EDUARDO XAVIER COSTA ANDRADE** intitulada: **PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVADO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 12 de Março de 2019.

VERA KARAM DE CHUEIRI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

ROBERTO BENGHI DEL CLARO

Avaliador Interno (UFPR)

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

Avaliador Externo (USP)





ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia doze de março de dois mil e dezenove às 13:30 horas, na sala De defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Centro, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **EDUARDO XAVIER COSTA ANDRADE** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO..** A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: VERA KARAM DE CHUEIRI (UFPR), ROBERTO BENGHI DEL CLARO (UFPR), RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR (USP). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, VERA KARAM DE CHUEIRI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Curitiba, 12 de Março de 2019.

VERA KARAM DE CHUEIRI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

ROBERTO BENGHI DEL CLARO

Avaliador Interno (UFPR)

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR

Avaliador Externo (USP)



AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos colegas e professores do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia. As discussões realizadas, seja nos eventos organizados ou nos corredores, serviram para o amadurecimento das ideias aqui apresentadas. Em especial, gostaria de agradecer minha orientadora dra. Vera Karam pela confiança e atenção dedicada.

Além disso, agradeço aos colegas da UFPR pela companhia, em especial aqueles da Revista de Direito da UFPR, com os quais pude trabalhar junto durante o mestrado.

Por fim, um agradecimento pelo apoio recebido dos meus familiares, amigos e amigas, e da minha companheira, Gabrielle.

RESUMO

Esta dissertação trata sobre a proteção constitucional à liberdade de expressão pela perspectiva da chamada *participatory theory*, defendida por Robert Post e James Weinstein. Objetiva-se apresentar a teoria, sistematizar as críticas levantadas e contrastá-las com as respostas. Para tanto, inicialmente se expõe a vertente coletivista de Alexander Meiklejohn. Nela, a liberdade de expressão é subordinada aos processos coletivos de deliberação dentro da democracia, sendo a expressão importante para garantir que cidadãos possam tomar decisões informadas. Em contraste, a *participatory theory* de Post e Weinstein rejeita o majoritarianismo e qualquer equivalência entre democracia e tomada de decisões. Para eles, a opinião pública é a ligação entre o povo e seu governo, sendo a participação no discurso público o meio de se concretizar o autogoverno democrático. Portanto, essa participação é considerada o valor fundamental para a liberdade de expressão, com sua ameaça colocando em risco a possibilidade de legitimidade democrática. Para criticar a *participatory theory*, sistematiza-se os problemas levantados por sete autores: Edwin Baker, Eugene Volokh, Seana Shiffrin, Steven Shiffrin, Susan Williams, Tim Scanlon e Vincent Blasi. Eles tratam, em síntese: (i) do poder da teoria em explicar a jurisprudência relativa à liberdade de expressão; (ii) do critério de discurso público para identificar quais expressões merecem proteção da Primeira Emenda; (iii) das limitações dos conceitos de autonomia e democracia utilizados e possíveis implicações. Por fim, traz-se as respostas da *participatory theory*. Argumenta-se que: (i) a liberdade de expressão é uma proteção da participação democrática, não da expressão por si só; (ii) o autogoverno democrático exige a participação livre na construção do discurso público; (iii) há vantagens pragmáticas no critério qualitativo de discurso público em relação aos seus concorrentes. Conclui-se que a *participatory theory* é capaz de dar respostas adequadas aos problemas levantados e fornece uma estratégia coerente de proteção à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Autogoverno democrático; Democracia participativa; Robert Post; James Weinstein.

ABSTRACT

This dissertation presents the constitutional protection of freedom of expression of the participatory theory defended by Robert Post and James Weinstein. The objective is to present the theory, systematize the criticisms raised and contrast them with the answers. For that, the collectivist theory of Alexander Meiklejohn is initially exposed. In it, freedom of expression is subordinated to collective processes of deliberation within democracy, and the value of freedom of expression is to ensure that citizens can make informed decisions. In contrast, the participatory theory of Post and Weinstein rejects majoritarianism and any equivalence between democracy and decision-making. For them, public opinion is the link between the people and their government, and participation in public discourse is the means of achieving democratic self-government. Therefore, this participation is considered the fundamental value for freedom of expression, and its threat jeopardizes the possibility of democratic legitimacy. To criticize the participatory theory, it is presented the problems raised by seven authors: Edwin Baker, Eugene Volokh, Seana Shiffrin, Steven Shiffrin, Susan Williams, Tim Scanlon and Vincent Blasi. They argue, in synthesis: (i) against the power of theory to explain the jurisprudence on freedom of expression; (ii) against the use of the public discourse criterion to identify which expressions should receive First Amendment protection; (iii) the limitations of the concepts of autonomy and democracy used and its possible implications. Finally, the responses of the participatory theory are presented. It is argued that: (i) freedom of expression is a protection of democratic participation, not of expression by itself; (ii) democratic self-government requires free participation in the construction of public discourse; (iii) there are pragmatic advantages in the qualitative criterion of public discourse when compared to its competitors. It is concluded that the participatory theory is capable of giving adequate answers to the critics and provides a coherent strategy for the protection of freedom of expression.

Keywords: Freedom of speech; Democratic selfgovernment; Participatory democracy; Robert Post; James Weinstein.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AUTOGOVERNO DEMOCRÁTICO.....	17
2.1	Algumas questões preliminares	17
2.1.1	Por que protegemos a expressão?	17
2.1.2	Interesses e estratégias	18
2.2	A teoria coletivista	20
2.2.1	Liberdade de expressão e autogoverno democrático para a teoria coletivista	20
2.2.2	O erro de Meiklejohn? A crítica de Robert Post à teoria coletivista	24
2.3	Democracia participatória como uma teoria da liberdade de expressão para Robert Post	26
2.3.1	A importância histórica da opinião pública	26
2.3.2	Participação, legitimidade e democracia	31
2.4	A participação democrática como valor central da liberdade de expressão para James Weinstein.....	41
2.4.1	Defesa do poder explicatório	42
2.4.2	Defesa da superioridade normativa.....	44
3	CRÍTICAS À <i>PARTICIPATORY THEORY</i>	49
3.1	Críticas ao aspecto descritivo	49
3.1.1	Qual a função de uma teoria da liberdade de expressão?	49
3.1.2	O problema da adequação: teoria e prática.....	53
3.2	Críticas ao aspecto normativo.....	56
3.2.1	A relação entre esfera pública e privada	56
3.2.2	Em defesa da autonomia	63
3.3	Outras contribuições à questão da autonomia	66
3.3.1	A alternativa da autonomia relacional proposta por Williams	66
3.3.2	Scanlon: “Podemos, por favor, parar de falar em autonomia?”	69
3.4	E o livre mercado de ideias?	70
3.5	A defesa de um conceito plurivalorativo	72
3.5.1	Os diversos interesses protegidos para Thomas Scanlon	73
3.5.2	A proteção ao dissenso de Steven Shiffrin	76
4	EXERCENDO A LIBERDADE, EXPRESSÃO E DEMOCRACIA: ALGUMAS RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS	79

4.1	A importância do poder explicatório e a superioridade da <i>participatory theory</i>	79
4.2	A categoria de discurso público para Weinstein.....	84
4.3	Os limites da esfera pública: a relação entre autonomia e comunidade	87
4.4	A relação da autonomia com a legitimidade democrática	95
4.5	A necessidade de categorias de expressão	98
5	CONCLUSÃO	104
	REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Como pode o mesmo direito constitucional ser utilizado para decidir problemas tão distintos entre si? A liberdade de expressão, seja na jurisprudência, na academia ou na cultura popular, é invocada no que tange à regulamentação da imprensa, financiamento de campanhas eleitorais, fomento à arte pelo Estado, limites do exercício da liberdade artística, proibição de conteúdo pornográfico, permissibilidade de discurso de ódio, entre tantos outros temas.

Entretanto, problemas analisados solitariamente podem levar a soluções casuísticas, especialmente quando afastados de um referencial teórico consistente. Os contornos do direito metamorfoseiam-se a depender da resposta almejada, e a estratégia aplicada na resolução de um conflito não consegue ser transplantada ao problema seguinte. As soluções formam uma colcha de retalhos, com o mesmo direito, esvaziado de seu significado, permitindo a coexistência de respostas incoerentes entre si.

Quando a liberdade de expressão possui apenas valor retórico, aparenta-se impossível existir uma chave interpretativa que faça sentido de um campo potencialmente tão vasto. Apresenta-se como hercúlea a tarefa de delimitar com clareza um direito capaz de ser invocado em toda interação comunicativa.

Este trabalho, portanto, nasce com a pretensão de apresentar uma interpretação do que protege a liberdade de expressão. Assume-se que é possível existir uma linha entre o que tange e não tange à liberdade de expressão, e parte-se do pressuposto que antes de entrar em discussões sobre como proteger e promover a liberdade de expressão, cabe apontar qual a teoria basilar que apoia a existência do direito e tornar claro o que ele busca proteger. Presume-se que é a partir da compreensão dos motivos de existirem direitos comunicativos protegidos constitucionalmente que é possível delimitar seu alcance e criar estratégias para protegê-lo de forma coerente.

Concomitantemente, reconhece-se que no complexo campo das teorias da liberdade de expressão — chamado por Scanlon de “inferno danteano” (2011, p. 546) — não servem mais metáforas simplistas sobre a busca pela verdade ou o livre mercado de ideias. Não sem motivos que diversos comentaristas têm sugerido que a liberdade de expressão não pode ser explicada ou justificada por apenas uma teoria ou valor. Portanto, busca-se aprofundar em uma teoria específica, contrastando-a com as críticas existentes.

Logo, este trabalho tratará dos possíveis valores utilizados para fundamentar o direito constitucional da liberdade de expressão. Mais especificamente, tem como tema central a *participatory democracy*¹ proposta por Robert Post e James Weinstein, a qual identifica o valor da participação no autogoverno democrático como o cerne da liberdade de expressão disposta pela Primeira Emenda da Carta de Direitos da Constituição dos Estados Unidos.

Dessa forma, o objetivo consiste em sistematizar a fundamentação da proteção à liberdade de expressão no debate contemporâneo pela perspectiva desses autores, bem como apresentar como eles ligam a liberdade de comunicação com o autogoverno democrático e autonomia dentro do contexto teórico da democracia. Além disso, buscar-se-á contrastar a teoria apresentada com as críticas levantadas, em especial aquelas centradas na questão da autonomia.

O problema que motivará o trabalho é averiguar qual a relação entre as fundamentações baseadas na concretização do autogoverno democrático e as críticas de teóricos que baseiam a liberdade de expressão na promoção da autonomia individual ou em uma multiplicidade de valores. A hipótese é que, nessa relação, a *participatory theory* resiste às críticas apresentadas, sendo coerente normativamente e sendo passível de aplicação prática.

É necessário, ainda, lembrar o que esse trabalho não será sobre. Este não é um trabalho que pretende averiguar a incorporação ou não da doutrina estrangeira no Brasil.² Também não é um trabalho de resgate histórico da utilização do conceito, seja no país ou fora. E, por fim, também não se pretende se aprofundar em problemas específicos e atuais relativos à liberdade de expressão, sendo esses apresentados de forma incidental para exemplificar ou esclarecer argumentos normativos.

Apresentada a justificativa da necessidade de aprofundamento teórico e o objetivo de sistematizar o debate pela perspectiva da *participatory theory*, explana-se o plano de realização.

Para cumprir tal objetivo e situar o debate atual, inicialmente apresentar-se-á os pontos principais da teoria de Alexander Meiklejohn, que primeiro sistematizou a relação entre a concretização do autogoverno democrático idealizada pelos Pais Fundadores com a proteção estatal do direito de fala individual. Logo após, identificar-se-á em Owen Fiss um

¹ Durante o trabalho, optou-se por utilizar o termo “participatory theory” para se referir à teoria de Post e Weinstein. O termo vem dos títulos dos artigos escritos pelos autores: “Participatory democracy as theory of free speech” (POST, 2011a) e “Participatory democracy as the central value of american free speech doctrine” (WEINSTEIN, 2011a).

² Para tanto, recomenda-se a leitura do trabalho do professor Ronaldo Porto Macedo Júnior (2017).

representante das mesmas ideias, na medida que o autor advoga pela participação do Estado enquanto promotor da expressão a favor da democracia.

Depois, será exposta a teoria de Robert Post e James Weinstein, que liga a defesa do direito individual de expressão à concretização do autogoverno democrático, mas a justificando com base na autonomia política dos falantes no lugar do benefício aos ouvintes. Buscar-se-á apresentar como Post critica Meiklejohn (e em outros teóricos coletivistas como Fiss) por este equiparar democracia à tomada de decisões coletiva, e como o autor molda sua própria teoria, focada na participação democrática.

Será também visto como a abordagem de Post e Weinstein concebe que uma teoria da liberdade de expressão deve ser capaz de explicar o comprometimento nacional com a Primeira Emenda. Nesse sentido, apresentar-se-á o relato histórico realizado por Post, e a defesa do poder explicatório da *participatory theory* feita por Weinstein.

Será explicado como esses dois autores buscam limitar o campo de atuação da Primeira Emenda, de forma a fortalecer a proteção da área englobada uma vez que mais bem delimitada. Defender-se-á que a proteção excepcionalmente rigorosa à expressão aplica-se apenas aquela dentro do discurso público.

Essa abordagem ainda identifica a legitimidade da democracia na participação do indivíduo na construção do discurso público, entendida essa participação como um exercício do autogoverno democrático. Para os autores, a autodeterminação coletiva significa que o indivíduo possui liberdade política para participar na criação da ordem social. O argumento defende que quando o cidadão é excluído de seu direito de participar do discurso público, decisões advindas dessa discussão seriam ilegítimas. Isso significaria, inclusive, permitir a expressão de discursos de ódio.

No segundo capítulo, serão apresentadas as críticas feitas à *participatory theory*. As críticas a serem trazidas serão selecionadas com base em sete autores que, em simpósio realizado em 2011, especificamente escreveram artigos como resposta à teoria de Post e Weinstein. Esses serão, em ordem alfabética: Edwin Baker, Eugene Volokh, Seana Shiffrin, Steven Shiffrin, Susan Williams, Tim Scanlon e Vincent Blasi. Complementarmente, serão utilizadas as considerações de Tomasz Jarymowicz sobre o debate. No lugar de se apresentar tais artigos de forma linear, buscar-se-á sistematizá-los quanto ao conteúdo e relevância para o debate.

Inicialmente, serão levantados os apontamentos relativos ao que Post e Weinstein entendem como a abordagem utilizada para se determinar qual o compromisso da Primeira Emenda, a qual envolve uma análise dos princípios históricos envolvidos. Os críticos irão

argumentar que há uma desnecessidade na adequação entre teoria e jurisprudência ou duvidar que a *participatory theory* seja capaz de atingir esse poder explanatório de forma superior aos seus concorrentes.

Após, serão abordados possíveis problemas ao que Weinstein chama de aspecto normativo da *participatory theory*. Inicialmente, será apresentado como os críticos problematizam a relação entre esfera pública e privada e a utilidade do rótulo de “discurso público” para categorizar qual expressão é merecedora de proteção. Após, será levantada a relação entre a teoria de Post e questões relativas à autonomia. Enquanto Edwin Baker e Seana Shiffrin defendem a autonomia individual como valor central da Primeira Emenda, Susan Williams e Tim Scanlon escrevem sobre os possíveis significados do conceito de autonomia.

Dentro do segundo capítulo também serão apresentadas algumas visões alternativas: a preferência de Eugene Volokh por uma abordagem inclusiva quanto às expressões protegidas pela Primeira Emenda; a visão plurivalorativa de Thomas Scanlon, que não concebe como apenas um valor pode englobar todos os interesses protegidos pela Primeira Emenda; e, por fim, a importância do dissenso como valor nuclear da Primeira Emenda para Steven Shiffrin.

O terceiro capítulo consistirá em uma resposta da *participatory theory*. Serão utilizadas a resposta de Post e Weinstein nesse mesmo simpósio, além de outros trabalhos de Post que aprofundam sua visão sobre o tema. Novamente, não será realizada a apresentação linear dos trabalhos selecionados, mas se procurará sistematizá-los conforme à relevância ao debate.

Será visto como Weinstein defende a consistência e a completude da *participatory theory* na capacidade de explicar a jurisprudência da Suprema Corte. Além disso, será vista a defesa do autor da importância de uma teoria possuir um poder explanatório quando teorias rivais possuem igual poder normativo.

Post, por sua vez, irá defender o caráter normativo do conceito de discurso público. Simultaneamente, explicar-se-á por quais razões o autor vê a necessidade de se suspender regras de civilidade dentro da construção da opinião pública. Será observado que Post não ignora a relação entre autonomia e comunidade, e será explanado como o discurso público precisa estar imerso em uma cultura democrática para ser capaz de criar legitimidade democrática. Ainda, será abordado como Post concebe a proteção da expressão como a proteção de práticas sociais específicas, sendo a liberdade de expressão não uma regra, mas a exceção.

Ao final, espera-se mostrar a riqueza do debate teórico existente sobre o conceito constitucional de liberdade de expressão e a necessidade de se explicitar qual o valor que o conceito protege, para assim ser possível pensar de forma coerente sobre as estratégias e limites que a defesa de tal valor pode encontrar.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AUTOGOVERNO DEMOCRÁTICO

Neste capítulo será inicialmente explorada a relação entre um valor o direito constitucional que busca protegê-lo, para então se apresentar a teoria coletivista e sua identificação do valor da Primeira Emenda na concretização do autogoverno democrático. Após, expõe-se a *participatory theory* pela perspectiva de Robert Post e James Weinstein

2.1 ALGUMAS QUESTÕES PRELIMINARES

2.1.1 Por que protegemos a expressão?

Schauer (1983, p. 1284) argumenta que de 1919 à 1960 os debates relativos à liberdade de expressão no contexto da Primeira Emenda americana seguiam predominantemente uma lógica, sintetizada na pergunta “quanto?”. Poucos duvidavam da liberdade de se expressar como algo positivo, consequentemente existindo pouco interesse em saber por quais razões tal liberdade era protegida. No lugar, o autor afirma que “[...] the tired metaphors of the marketplace of ideas and the search for truth served as stage props for a debate over how much the value of free speech would have to yield in the face of exigent public concerns.”³ (SCHAUER, 1983, p. 1284-1285). As décadas seguintes, continua o autor, trouxeram uma nova fase para a teoria da liberdade de expressão, substituindo a pergunta anterior por uma nova: como? Isso é, passou-se a indagar quais os meios de proteger a liberdade de expressão, mas ainda com a maioria das disputas tratando sobre quais as estratégias aptas a garantir a máxima proteção (SCHAUER, 1983, p. 1286).

Como resultado dessas duas fases, a Primeira Emenda emergiu com um núcleo duro forte, com decisões como *Brandenburg v. Ohio*⁴ e *New York Times Co. V. Sullivan*⁵ representando um comprometimento nacional profundo virtualmente ilimitado sobre discussões de cunho político, moral e social (SCHAUER, 1983, p. 1287). A consequência foi a expansão do repertório de questões que passaram a ser vistas como relativas à liberdade de

³ Tradução do autor: “as cansadas metáforas do Mercado de ideias e da busca pela verdade serviam de apoio para um debate sobre quanto o valor da liberdade de expressão teria face à preocupações públicas exigentes” (SCHAUER, 1983, p. 1284-1285).

⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). O caso trata sobre declarações feitas por Clarence Brandenburg, membro da Ku Klux Klan. A decisão da Suprema Corte declarou que a Primeira Emenda protege expressões inflamatórias, exceto caso elas se mostrem como intencionalmente desejando incitar ação ilegal iminente e provável. Esses critérios passaram a ser conhecidos como o *Brandenburg test*.

⁵ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). O caso decidiu que jornais não poderiam ser processados por agentes públicos exceto caso se conseguisse provar má fé na divulgação de informações inverídicas.

expressão. Problemas tratando de propaganda comercial, contribuições de campanha, expressões por funcionários públicos durante o trabalho e até a escolha por parte do governo dos livros oferecidos em suas instalações passaram a ser tratadas como questões ligadas à Primeira Emenda (SCHAUER, 1983, p. 1287-1288).

Para Schauer, essa expansão do escopo da Primeira Emenda levou ao ressurgimento de indagações sobre sua teoria, já que as metáforas tradicionais e presunções anteriores não eram mais suficientes para confrontar os novos questionamentos. Caberia às Cortes alargar o escopo de alcance da Primeira Emenda para abranger atividades que até o momento eram tão distantes da compreensão clássica da liberdade de expressão? Assim, no lugar das teorias clássicas, novas tentativas surgiram para responder o “por quê” da Primeira Emenda, na esperança de desenvolver aparato teórico que explicasse os valores que o conceito da liberdade de expressão busca proteger (SCHAUER, 1983, p. 1288).

Com uma tal teoria, restaria mais fácil a tarefa de confrontar as questões levantadas sobre o alargamento da teoria da liberdade de expressão. Nas palavras de Schauer: *“For if we know why we have the principles of free speech, then we can determine in the new case whether that class of activities is the type that the first amendment is designed to promoted.”*⁶ (SCHAUER, 1983, p. 1288). Logo, antes de entrar em discussões sobre como proteger e promover a liberdade de expressão, cabe apontar qual a teoria basilar que apoia a existência do direito e tornar claro o que ela busca proteger. É a partir da compreensão dos motivos de existirem direitos comunicativos protegidos constitucionalmente que é possível delimitar seu alcance e criar estratégias para protegê-los.

2.1.2 Interesses e estratégias

Como responder a pergunta: por que protegemos a livre expressão? Antes mesmo de passar a tratar das respostas possíveis a essa pergunta, cabe entrar em algumas considerações sobre o que consiste em uma resposta. Isso porque durante esse trabalho serão apresentados autores que tratam de identificar valores fundamentais relativos ao direito constitucional da liberdade de expressão. Para eles, a Primeira Emenda tem como objetivo interesses como a proteção da autonomia individual, a concretização do autogoverno democrático, a proteção ao dissenso, entre outros. Dependendo do valor privilegiado, altera-se a perspectiva sobre como

⁶ Tradução do autor: “Se soubermos por que temos os princípios da liberdade de expressão, então conseguimos determinar no novo caso se aquela classe de atividades é o tipo que a Primeira Emenda foi criada para promover.” (SCHAUER, 1983, p. 1288).

deve a Primeira Emenda ser interpretada e, consequentemente, as estratégias cabíveis para sua efetivação. Essa abordagem pode ser melhor compreendida se adotarmos a perspectiva de Scanlon, que explicita a ligação entre os valores que um direito procura proteger e as estratégias escolhidas para protegê-lo.

O autor afirma que há uma certa estrutura na discussão de direitos. Para ele, reivindicar moralmente a existência de um direito envolve diversos elementos prévios: a pretensão que certos interesses são de grande importância; a asserção que por causa da importância desses interesses e de sua vulnerabilidade os poderes e deveres de diversos agentes, para serem justificadas, precisam ser definidas de certas maneiras; a afirmação que essas constrições sobre tais agentes são factíveis de realização (SCANLON, 2011, p. 541).

E, por mais que existam pretensões de direitos cuja ênfase é na importância e vulnerabilidade de certos interesses, com a consequente necessidade de designar poderes e deveres de forma que protejam tais interesses, há outros que são entendidos diversamente. Scanlon defende que é aqui se encaixa a liberdade de expressão: ela seria um direito entendido em grande parte em termos das constrições dos poderes e deveres dos agentes, caso se proteja adequadamente os interesses relevantes. No caso específico da liberdade de expressão, os poderes e deveres em questão são aqueles dos agentes governamentais: o que é defendido sob o título de liberdade de expressão é que os poderes dos agentes governamentais precisam ser limitados, e seus deveres definidos, de formas que interesses importantes sejam servidos. O direito individual de se expressar emerge como um espaço negativo, definitivo pelos limites impostos aos poderes governamentais (SCANLON, 2011, p. 541).

Porém, Scanlon lembra que esse entendimento nunca é completo: para aplicar o direito aos casos novos, frequentemente precisa-se olhar para os interesses que guiaram a criação do direito e reconsiderar o que é necessário para adequadamente protegê-los. Isso envolve, inclusive, em repensar como os interesses relativos à liberdade de expressão (o qual ele considera múltiplos e complexos) serão melhor compreendidos. Para o autor, é essa interação dialética entre os interesses que guia um direito, e as estratégias para proteger tais interesses, que permite que os direitos cresçam e mudem (SCANLON, 2011, p. 541-542).

E, tratando-se de direitos constitucionais, Scanlon relembra que Constituições de diferentes países podem incorporar legalmente os mesmos direitos morais. Como exemplo, tem-se que tanto o artigo V da Constituição Alemã, como a Primeira Emenda da Constituição americana, estabelecem a liberdade de expressão enquanto direito constitucional. Contudo, para Scanlon, os direitos legais estabelecidos pelas provisões constitucionais podem divergir de duas formas: primeiro, os interesses que guiam um direito podem ser especificados de

forma diferente na linguagem constitucional e especialmente no desenvolvimento da jurisprudência baseada nisso, dando mais suporte explícito a alguns interesses do que outro; segundo, a jurisprudência constitucional de diferentes países pode selecionar diversas estratégias e meios para proteger tais interesses (SCANLON, 2011, p. 542).

Nesse sentido, é possível perceber que o direito da liberdade de expressão tem uma relação íntima com o interesse que busca proteger. O primeiro interesse a ser tratado nesse trabalho como guia para a liberdade de expressão é a democracia. Os outros dois interesses concorrentes diretos são a busca pela verdade e a autonomia (WILLIAMS, 2011, p. 603).

Todavia, o que será visto é que essas denominações, apesar de simples, escondem disputas mais profundas. O significado da busca pela verdade pode ser compreendido de formas distintas, assim como o exercício da autonomia individual. A discussão pormenorizada sobre divergências conceituais e suas implicações serão tratadas no segundo e terceiro capítulo.

O que se busca nesse primeiro capítulo é explicitar a relação entre a liberdade de expressão e a concretização do autogoverno democrático. Como essa relação é trabalhada de forma diferente por distintos autores, inicialmente se apresenta como essa primeira sistematização ocorreu na obra de Alexander Meiklejohn. Após, apresenta-se a alternativa proposta por Robert Post e desenvolvida por James Weinstein.

2.2 A TEORIA COLETIVISTA

2.2.1 Liberdade de expressão e autogoverno democrático para a teoria coletivista

A relação entre liberdade de expressão e autogoverno democrático tem sua mais completa sistematização primeiramente realizada por Alexander Meiklejohn⁷, filósofo americano cuja obra "*Free speech and its relation to self-government*", de 1948, passou a ser referência para teóricos posteriores.

Para identificar os autores que relacionam liberdade de expressão ao exercício do autogoverno democrático, cabe aqui utilizar da nomenclatura de Robert Post, que denomina Meiklejohn e seus seguidores de “coletivistas”, uma vez que possuem um entendimento da

⁷ “The first major theorist systematically to advance a democratic interpretation of the First Amendment was alexander Meiklejoh.” (POST, 2009, p. 181).

Primeira Emenda que “[...] subordinates individual rightss of expresion to collective proceses of public deliberation.”⁸ (POST, 1993, p. 1109).

Para Meiklejohn, no lugar da busca pela verdade, o objetivo da Primeira Emenda americana seria, em uma democracia, garantir decisões informadas por parte dos eleitores. Informada, nesse contexto, significa o mais completo possível entendimento sobre as questões que cidadãos, dentro de um autogoverno, devem lidar. Para o autor, não é suficiente que um administrador, legislador ou um acadêmico tenham as informações pertinentes, mas que todos os eleitores também a saibam (MEIKLEJOHN, 1948, p. 88-89). Para ele, o intento revolucionário da Primeira Emenda é negar a autoridade de agências que tentarem abreviar a liberdade do poder eleitoral do povo (MEIKLEJOHN, 1961, p. 254).

Nessa perspectiva, pois, o objetivo primário da Primeira Emenda é que todos os cidadãos, na maior medida possível, entendam as questões que assolam a vida comum, sendo que nenhuma ideia, opinião, dúvida, crença ou informação relevante possa não lhes ser passada. O resultado seria um povo não governado por outros, mas tão somente por si mesmo (MEIKLEJOHN, 1948, p. 89).

Nessa linha, a percepção de Meiklejohn defende o direito constitucional da liberdade de expressão como uma defesa do corpo político, não de indivíduos particulares (MEIKLEJOHN, 1948, p. 63). Em um de seus trechos mais célebres, Meiklejohn afirma que a liberdade de expressão não é um direito dos falantes de expressarem o que bem desejam, mas uma garantia de que tudo que merece ser ouvido assim o seja.⁹

Portanto, a Primeira Emenda de Meiklejohn é um repositório dos poderes de autogoverno, que não são preocupados com um direito particular: Conforme Meiklejohn (1961, p. 254):

The First Amendment does not protect a “freedom to speak.” It protects the freedom of those activities of thought and communication by which we “govern.” It is concerned not with a private right, but with a public power, a governmental responsibility (MEIKLEJOHN, 1961, p. 254).¹⁰

Entre essas atividades mencionadas, além do acesso às discussões sobre assuntos públicos, Meiklejohn faz referência à necessidade de liberdade em outras áreas das quais ele

⁸ Tradução do autor: “subordina direitos individuais de expressão a processos coletivos de deliberação pública” (POST, 1993, p. 1109).

⁹ “What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said.” (MEIKLEJOHN, 1948, p. 25).

¹⁰ Tradução do autor: “A primeira emenda não protege ‘o direito de falar’. Ela protege a liberdade daquelas atividades de pensamento e comunicação pelas quais nós ‘governamos’. Ela diz respeito não com um direito particular, mas com um poder público, uma responsabilidade governamental.” (MEIKLEJOHN, 1961, p. 254).

acredita que os eleitores ganham seu conhecimento, inteligência e sensibilidade, tais como a educação em todas as suas fases, a filosofia, ciências, literatura e as artes (MEIKLEJOHN, 1961, p. 256-257).

Seu objetivo é proteger uma necessidade pública, a qual ele considera prévia a todos as outras, sendo que nenhum desejo individual pode alcançar o status constitucional que possui a liberdade comunicativa. Nas palavras do autor, a Primeira Emenda serve como “pedra angular” da estrutura do autogoverno, com sua inexistência resultando no perecimento do governo por consentimento (MEIKLEJOHN, 1948, p. 63).

Todavia, levanta-se a pergunta: como saber se uma discussão está sendo realizada de forma a informar os indivíduos? Para responder, Meiklejohn faz referência ao encontro municipal (*town hall meeting*) da tradição da política americana. Na definição de Meiklejohn, tal encontro consiste num grupo de homens livres e iguais, cooperando numa empreitada em comum e usando para tanto uma discussão responsável e regulada. O encontro municipal não é, portanto, um vale-tudo; é autogoverno (MEIKLEJOHN, 1948, p. 23).

Meiklejohn, dessa forma, argumenta que as agências do governo possuem certo papel, com a Primeira Emenda protegendo a fala em qualquer hora ou local (BRENNAN, 1965, p. 10-11). Para o autor, a liberdade que a Primeira Emenda protege não é a ausência de regulamentação, mas a presença do autogoverno (MEIKLEJOHN, 1961, p. 252). Dessa forma, há uma distinção entre praticar a proibição de conteúdos livremente e o exercício de uma autoridade gerencial para organizar as falas dos participantes. O discurso público (*public discourse*) é livre no que tange à esfera política ao mesmo tempo que é organizado pelo Estado.

É por isso que Robert Post afirma que, segundo Meiklejohn, o encontro municipal é um modelo de como deve funcionar a deliberação democrática, comparando-se o exercício da democracia a um gigantesco encontro municipal (POST, 1993, p. 1114). Afinal, para Meiklejohn, o encontro é visto como uma organização instrumental designada para alcançar um fim social específico e extremamente importante, com suas regras sendo justificadas constitucionalmente na medida em que são necessárias para se alcançar esse objetivo. A qualidade do discurso público de Meiklejohn é medida pela sua capacidade de facilitar a tomada de decisões coletivas e públicas (POST, 1993, p. 1113).

Entre os autores que trazem a teoria de Meiklejohn ao momento contemporâneo, está Owen Fiss. Sua visão reverbera Meiklejohn uma vez que defende a permissão às pessoas falarem para que outros votem. A expressão, para Fiss, possibilita que as pessoas votem de

forma livre e inteligente, conscientes de todas as opções e conhecendo todas as informações relevantes (FISS, 1986, p. 1410).

O autor mostra-se diferente da doutrina tradicional, a qual vê a liberdade de expressão como uma liberdade negativa, uma vez que chama atenção para a dimensão positiva do direito. Além disso, Fiss chama atenção ao “[...] structural imbalance of power that often affects the dominion of public speech controlled by big media corporations”¹¹ (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 287-288).

Ele defende a mudança do paradigma da regulamentação da liberdade de expressão, dado que, para o autor, a Suprema Corte Americana erroneamente tem se pautado de forma demasia pela ideia de autonomia pessoal. Fiss afirma que a autonomia merece proteção não por razão de seu valor intrínseco (ao contrário do que pregariam kantianos), mas por ser meio ou instrumento da autodeterminação coletiva (FISS, 1986, p. 1410).

O autor defende que uma visão de liberdade de expressão ligada exclusivamente à autonomia individual, por mais que ofereça a vantagem de ser neutra quanto ao conteúdo, gerará distorções toda vez que as possibilidades e oportunidades de comunicação forem limitadas. Sua alternativa consiste em analisar os efeitos reais da comunicação, levantando a pergunta se ao todo ela enriquece o debate público ou não (FISS, 1986, p. 1411).

Nas palavras do próprio autor:

We can thus see that the key to fulfilling the ultimate purposes of the first amendment is not autonomy, which has a most uncertain or double-edged relationship to public debate, but rather the actual effect of a broadcast: On the whole does it enrich public debate? Speech is protected when (and only when) it does, and precisely because it does, not because it is an exercise of autonomy. In fact, autonomy adds nothing and if need be, might have to be sacrificed, to make certain that public debate is sufficiently rich to permit true collective self-determination. What the phrase ‘the freedom of speech’ in the first amendment refers to is a social state of affairs, not the action of an individual or institution¹² (FISS, 1986, p. 1411).

A adoção da vertente coletivista implica necessariamente a mudança do enfoque do que é protegido pelas liberdades comunicativas. Isso, visto que como Fiss argumenta, a

¹¹ Tradução do autor: “[...] desequilíbrio estrutural de poder que comumente afeta o domínio do discurso público controlado por grandes corporações midiáticas.” (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 287-288).

¹² Tradução do autor: “Podemos perceber que a chave para alcançar o propósito primordial da Primeira Emenda não é autonomia, a qual tem a mais incerta e dúplice relação com o debate público, mas na realidade o efeito concreto da transmissão: no total ela enriquece o debate público? A expressão é protegida quando (e somente quando) assim o faz, e precisamente porque o faz, não por ser um exercício de autonomia. Na realidade, autonomia adiciona nada e se preciso, pode ser sacrificada, para garantir que o debate público seja suficientemente rico para permitir verdadeira autodeterminação coletiva. O que a frase ‘liberdade de expressão’ na Primeira Emenda se refere é uma situação social, não a ação de um indivíduo ou instituição.” (FISS, 1986, p. 1411).

doutrina relativa à Primeira Emenda americana parte do que o autor considera uma meia verdade, isto é, parte da premissa de que o Estado é o inimigo natural da liberdade, e assim, objetiva silenciar o indivíduo. Entretanto, mais do que apenas opressões, ações governamentais podem ser aliadas ou fontes da liberdade. Portanto, seu objetivo, especialmente em *“The Irony of Free Speech”* de 1996, é explicar por que a presunção tradicional contra o Estado é enganosa e como ele pode se tornar um amigo, em vez de inimigo da liberdade (FISS, 1996, p. 2).

Analisando Meiklejohn e Fiss, resta claro por que Post escreve que há uma estrutura de análise comum a todas as versões da teoria coletivista da Primeira Emenda. Ela postula um objetivo específico para o discurso público e conclui que o debate público deve ser regulamentado instrumentalmente para alcançá-lo. Esse objetivo, por conseguinte, resta distinto e prévio a qualquer processo de autodeterminação que ocorra dentro do discurso público. A teoria coletivista, conforme Post, defende a subordinação do discurso público a uma estrutura de exercício de autoridade gerencial (POST, 1993, p. 1119).

2.2.2 O erro de Meiklejohn? A crítica de Robert Post à teoria coletivista

Post compreende o argumento de Meiklejohn de que a democracia requer liberdades comunicativas para que o cidadão possa receber as informações necessárias para inteligentemente direcionar as ações governamentais. Todavia, para ele, a teoria de Meiklejohn apresenta grandes dificuldades.

Considerando que virtualmente todas as comunicações fornecem informação, como diferenciar quais expressões cumprem a função essencial que Meiklejohn deseja? Não estaria toda informação, em alguma medida, efetivamente tornando eleitores mais informados para decidir sobre questões governamentais? Consequentemente, é necessário delimitar quais critérios serão empregados para informam ou não o eleitor. Fazendo referência ao encontro municipal, a crítica de Post se relaciona aos critérios que o regem (POST, 2009, p. 181).

O argumento do autor é que o modelo de encontro municipal de Meiklejohn viola precisamente a necessidade de indeterminação do discurso público. Por mais que reconheça a necessidade de se deixar livre a votação, ainda sim autoriza a censura do discurso público com base em presunções sobre seu funcionamento e procedimento. Post argumenta que as pressuposições procedimentais e substanciais que Meiklejohn apoia são fundadas em uma concepção particular deste autor da identidade coletiva estadunidense. Além disso, está

implícito na teoria de Meiklejohn que aspectos do discurso público incompatíveis com os objetivos dessa visão de identidade coletiva são descartáveis (POST, 1993, p. 1117).

Nesse sentido, chega-se ao ponto de colocar esse conceito particular de identidade nacional fora do alcance dos processos comunicativos de autodeterminação. Conforme Post, a dificuldade é que a análise de Meiklejohn reflete uma concepção insuficientemente radical de autodeterminação, a qual seja capaz de abarcar não apenas a substância das decisões coletivas, mas também a estrutura de funcionamento que possibilita essa tomada coletiva de decisões. Por isso, Meiklejohn pode apelar para a autoridade de moderadores: ele ignora que até mesmo os padrões necessários para distinguir “relevante” do “irrelevante” são potenciais questões de disputa. Esses conflitos, para Post, não podem ser retirados do debate existente dentro do discurso público (POST, 1993, p. 1117-1118).

O argumento de Post, nesse sentido, visa apontar como nem tudo está aberto ao debate de Meiklejohn: as próprias regras de como o debate será feito e por quais critérios será exercida a autoridade gerencial daquele que organizará as falas estão fora do alcance do próprio debate. Dessa forma, quem decide o que caracteriza um cidadão suficientemente informado detém o poder de controlar a comunicação.

Tal problema é amplificado pelo fato da esfera pública divergir de um encontro municipal, no qual os cidadãos são chamados para tratar de tópicos específicos, uma vez que na esfera pública inexistente agenda previamente fechada. Post escreve que na medida em que o Estado seja possibilitado de controlar a agenda do debate ou até mesmo a apresentação das questões dentro do discurso público, esse controle necessariamente circunscreveria o potencial de autodeterminação coletiva (POST, 1993, p. 1117-1118).

O argumento de Post se repete para Fiss. Isso porque este defende o uso do poder governamental para tornar o debate público informativo, o que, por consequência, significa a utilização de uma autoridade gerencial para coibir falantes cuja expressão não é considerada compatível com esse fim. Post afirma que, deste modo, Fiss está disposto a estender o valor da autodeterminação apenas ao conteúdo das decisões democráticas, conceitualizando a estrutura procedimental como fora da lógica da autodeterminação assim como Meiklejohn (POST, 1993, p. 1120).

Post, todavia, não está afirmando que o discurso público nunca pode ser regulado, nem mesmo que se precise excluir ações governamentais designadas para aumentar comunicações dentro do discurso público, como, por exemplo, estabelecendo fóruns públicos de deliberação (POST, 1993, p. 1121). Afinal, para Post, caso o discurso público não fosse capaz de estabelecer organizações de domínio gerencial aptas a perseguir objetivos decididos

publicamente, ele seria impotente. Contudo, a utilidade da teoria coletivista aparece de forma limitada e secundária, não devendo substituir o que Post considera que é o interesse primário da Primeira Emenda, isso é, a participação na política democrática (POST, 1993, p. 1136-1137).

Portanto, seu argumento é que a função democrática do discurso público é inconsistente com regulamentações governamentais que suprimem expressões dentro do discurso público a fim de impor uma versão específica de identidade nacional (POST, 1993, p. 1121). A distinção para o autor é que estruturas gerenciais colocam o cidadão dentro das restrições da razão instrumental, assumindo que cidadãos são objetos de regulamentação, enquanto, em contraste, estruturas de autogoverno situam cidadãos dentro de teias de interações hermenêuticas, assumindo que eles são autônomos e aptos à autodeterminação (POST, 1993, p. 1131).

A conclusão para o autor sobre a vertente coletivista aponta para as consequências que tal abordagem, apesar de bem-intencionada, pode levar:

The nightmare vision of Michel Foucault demonstrates clearly enough the true nature of such a world. Structures of control acquire their own life, turn, and bite the progressive hand that establishes them. If we create organizations of heteronomy, we shall all, sooner or later, be condemned to inhabit them. We shall become the subjects of a power not our own¹³ (POST, 1993, p. 1136).

A referência à heteronomia acima indica algo que será tratado nos próximos tópicos, consistente no fato de que, segundo Post, está implícita na teoria de Meiklejohn uma visão errônea da democracia estadunidense: para ele, os coletivistas equivocadamente identificam democracia com a tomada coletiva de decisões (POST, 2009, p. 181). O que ainda será visto neste trabalho é como Post defende um ideal diverso de democracia, rejeitando o majoritarianismo.

2.3 DEMOCRACIA PARTICIPATÓRIA COMO UMA TEORIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA ROBERT POST

2.3.1 A importância histórica da opinião pública

¹³ Tradução do autor: “A perspectiva de pesadelo de Michel Foucault demonstra claramente a verdadeira natureza de tal mundo. Estruturas de controle adquirem vida própria, viram e mordem a mão progressista que as estabelece. Se criarmos organizações de heteronomia, todos nós, mais cedo ou mais tarde, seremos condenados a habitá-las. Nós nos tornaremos os sujeitos de um poder que não é nosso.” (POST, 1993, p. 1136).

Post é contrário à ideia de princípios neutros, isto é, a um tipo de compreensão que opõe lei e política, sendo a primeira o campo da razão e a última o do arbítrio. Para ele, a lei possui uma função social ampla, sendo possível uma convergência entre o sistema jurídico e a política democrática. Nesse sentido, as Cortes são tomadas como atores políticos, cujas decisões produzidas se engajam na política, não a esvaziam; vale dizer, elas inspiram, informam e canalizam o debate e as ações políticas. A consequência é que opiniões judiciais podem ser construídas de forma a promover mais ou menos efetivamente apoio político para valores essenciais (POST, 2010, p. 1323).

Por conseguinte, o autor não se esquivava de analisar as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, mas o faz colocando-as à luz de uma construção comprometida com o constitucionalismo democrático que melhor promova os valores essenciais à sociedade estadunidense.

A premissa de Post para interpretar a Primeira Emenda é que ela envolve explicar a dedicação estadunidense à liberdade de expressão. Sua tarefa, logo, não exige determinar em abstrato qual a melhor teoria da liberdade de expressão, mas oferecer o melhor relato possível dos princípios históricos reais. Ele defende explicitamente que é a autoridade desses princípios que fornece legitimidade à Primeira Emenda, sendo que eles não derivam meramente da lógica ou razão, mas do comprometimento nacional em proteger a liberdade de expressão (POST, 2011a, p. 477).

Post denomina esse processo de determinar o significado do comprometimento estadunidense de equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*)¹⁴, o qual “[...] requires us to interpret our history in light of our best ideals while simultaneously reexamining our ideals in light of our actual history.”¹⁵ (POST, 2011a, p. 477).

Portanto, como Post não procura criar normatividade a partir do zero, para entender sua visão sobre a liberdade de expressão, cabe apresentar inicialmente sua interpretação da história estadunidense.

¹⁴ Apesar de não fazer citação expressa à Rawls, observa-se que esse princípio já foi formulado por este autor, ainda que no âmbito de uma teoria da justiça. Nas análises de Rawls feitas por Pontes: “O método do equilíbrio reflexivo procede, então, da seguinte maneira. Parte-se de nosso senso e de nossos juízos ponderados de justiça, os quais são trabalhados de modo relativamente fraco. A partir disso, constrói-se uma concepção de justiça, com um conjunto de princípios, que se apresenta como uma configuração razoável e corente dessas intuições. Nesse momento, podem surgir algumas discrepâncias. Ou a teoria pode lidar com intuições de forma fraca, recomendando inclusive o abandono de algumas delas, iluminando nosso senso de justiça, ou a concepção de justiça pode ser revista. Com esses avanços e retrocessos, o objetivo é encontrar uma dada formulação que combine com o nosso senso de justiça já devidamente ajustado.” (PONTES, 2017)

¹⁵ Tradução do autor: “[...] requer que interpretemos nossa história a luz de nossos melhores ideais simultaneamente reexaminando nossos ideais a luz da nossa história real.” (POST, 2011a, p. 477).

Conforme o autor, desde a sua constituição, os Estados Unidos partiram da premissa do autogoverno e da autodeterminação. Na história do país, esses valores foram tomados de duas formas distintas: representação republicana e deliberação democrática. Na representação republicana, o valor da autodeterminação é realizado quando as pessoas elegem os representantes que as governam. Na deliberação democrática, esse mesmo valor é alcançado quando as pessoas participam ativamente na formação da opinião pública (POST, 2014, p. 5).

Post afirma que a luta da Revolução Americana foi para alcançar as vantagens e seguranças do autogoverno, no qual toda a autoridade deriva do povo e em que o povo é a fonte do poder. Para ele, os criadores (*framers*)¹⁶ buscaram criar um novo tipo de autogoverno no qual toda autoridade, de todo tipo, é derivada pela representação do povo, e o princípio democrático permeia, assim, todo governo (POST, 2014, p. 7).

Para ele, o povo estadunidense acreditava que a representação necessitava de uma cadeia de comunicação entre a população e aqueles que se comprometeram com o exercício do governo. Tal cadeia necessitava ser forte e discernível o suficiente para sustentar a convicção popular que representantes falam pelo povo que procuram representar. Post argumenta que os Pais Fundadores articularam dois pré-requisitos para uma representação bem-sucedida: consentimento e comunhão de interesses (POST, 2014, p. 9).

Ainda que os Pais Fundadores e sua geração acreditassem no princípio democrático do governo, esses possuíam temor da fúria da democracia¹⁷. O desejo era, portanto, formar um governo republicano para fugir tanto do despotismo quanto dos extremos democráticos. A república seria uma forma de governo controlado, que canalizaria a força irrefreável do sentimento popular por meio de leis e estruturas constitucionais, aptas a dividir o poder em uma multiplicidade de centros competitivos. O próprio princípio da representação presente nas repúblicas seria, em si mesmo, um antídoto à possibilidade do caos democrático (POST, 2014, p. 11).

Não obstante, Post argumenta que, nessa criação, restou a questão de como conciliar a tensão entre independência dos representantes e a necessária cadeia de comunicação capaz de conectar representantes e eleitores. Post defende que a resposta consiste em dois

¹⁶ “Framers” são os 55 delegados que elaboraram o texto constitucional norte-americano na Convenção Constitucional de 1787, dos quais apenas 39 foram signatários. O termo aqui é utilizado com distinção da expressão “Founding Fathers” (pais fundadores).

¹⁷ Para exemplificar seu ponto, Post cita o Federalista n. 10, no qual Madison chama as democracias de espetáculos de turbulência.

elementos: o primeiro, presente na Primeira Emenda¹⁸ da Constituição dos Estados Unidos, a qual, ao proteger a liberdade de expressão daria ao povo o direito de expressar seus desejos. O povo pode publicamente fazer referências a seus representantes, privadamente aconselhá-los ou, ainda, declarar seus sentimentos por meio de petição a todo corpo representativo. Com o mesmo objetivo, a liberdade de imprensa é expressamente declarada fora do alcance estatal. Já o segundo elemento diz respeito à frequência das eleições, a qual seria necessária para preservar o bom comportamento dos representantes, dando força ao povo para firmar interesses em comum com aqueles que buscavam eleger (POST, 2014, p.13).

Logo, segundo Post, desde o início da história estadunidense, presume-se que um sistema bem-sucedido de representação depende de uma relação particular entre representantes e eleitores, e que um governo representativo não pode incorporar o valor do autogoverno sem confiança entre ambos. Post chama essa relação de integridade representativa (POST, 2014, p. 16). Ele também afirma que a confiança do povo estadunidense na representação restou abalada por diversas vezes, a depender do contexto social vivenciado. Já no primeiro terço do século XIX, a estrutura do governo representativo estadunidense foi forçada a se ajustar ao inesperado colapso do sistema hierárquico que havia caracterizado a geração dos Pais Fundadores (POST, 2014, p. 16).

Post explica que o sistema de elites presente nas posições dos Federalistas e nas práticas político-representativas que se instituíram nos Estados Unidos gerou reações, as quais culminaram, a partir de 1831, em uma nova fé no sentimento público por parte do povo, eminentemente democrático e igualitário. A solução para a preservação da integridade representativa, à época, veio com a criação do segundo sistema partidário estadunidense – organizado, disciplinado e apto a conectar eleitores diretamente com seus representantes. Assim, as eleições tornaram-se menos uma questão de mérito individual do candidato, com eleitores podendo selecionar seus representantes apenas com base em seus princípios partidários (POST, 2014, p. 17-20).

Porém, novos problemas vieram nas décadas após a Guerra Civil Americana (1861 – 1865), uma vez que os partidos políticos passaram a ser vistos como organizações dedicadas, principalmente, a se manter no poder (POST, 2014, p. 24). Com a virada para o século vinte e o início da chamada *Era Progressista*, restou crescente a desconfiança com o sistema

¹⁸ Texto da Primeira Emenda: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” <http://constitutionus.com>

representativo. Segundo Post, se no passado os partidos serviram como conexão entre eleitores e governo, agora eram vistos como máquinas políticas e obstáculos ao autogoverno. Para o eleitor estadunidense, os partidos e o sistema de representação passaram a servir aos homens de negócio (POST, 2014, p. 26).

Como resistência à captura econômica do governo representativo e a preservação da integridade representativa, os progressistas responderam reestruturando a política, privilegiando mecanismos da democracia direta e lutando para cortar as ligações entre as corporações financeiras e a política. A esperança da chamada *Era Progressista* era de criar meios institucionais pelos quais a opinião pública pudesse ser expressa diretamente, sem a necessidade de interferência. Seu objetivo consistia em criar um governo eficiente e transparente, responsivo à vontade majoritária (POST, 2014, p. 31).

Mas, após a Primeira Guerra Mundial, o ideal da democracia direta, que supostamente abriria a possibilidade de uma desobstruída e genuína representação da vontade majoritária, perde força. Post explica que a experiência totalitária do início do século XX com a organização de regimes fascistas e nazistas mostrou como esses, apoiados pelo povo, passaram a corromper os processos comunicativos necessários para a criação da opinião pública (POST, 2014, p. 38).

A consequência, para Post, foi justamente a valorização crescente da proteção aos processos comunicativos de criação da opinião pública. Post relembra que foram os progressistas que perceberam inicialmente a distinção entre o *eleitorado* e o *povo* e as implicações da opinião pública para o autogoverno. Nessa visão, apesar de o eleitorado ser necessário, dado que algum agente precisa decidir sobre qual ação imediata deve ser tomada, as eleições não seriam nem o começo nem o fim do autogoverno. Na realidade, essas decisões particulares seriam frágeis: o poder soberano realmente efetivo estaria na opinião pública em constante construção. E, por força dos avanços nos meios de comunicação, as discussões travadas no Congresso não mais possuíam a antiga função de criar e guiar a opinião pública, mas de servir como espelho para ela. As eleições seriam apenas mecanismos intermitentes de declaração da opinião pública, que é constantemente ativa e exerce crescente influência a longo prazo (POST, 2014, p. 33).

Conforme o autor, a opinião pública pode se manifestar diretamente por meio das instituições de governo, por meio de referendos, *recalls* e outros instrumentos de democracia direta. Mas ela não se esgotaria nisso. Para Post, a opinião pública é um processo permanentemente em fluxo, como o rio de Heráclito, sempre em movimento e nunca o

mesmo. Ela seria a voz abafada que os eleitos se esforçam para ouvir e interpretar, e que dá ao povo estadunidense o sentimento de autoridade sobre seu governo (POST, 2014, p. 35-36).

É analisando essa perspectiva que Post argumenta que a crescente valorização da opinião pública significa uma nova conexão entre a concretização do autogoverno e a participação na construção do discurso público. Os efeitos dessa visão seriam observáveis não apenas na doutrina constitucional, mas, também, na jurisprudência da Suprema Corte.

Em 1919, o juiz Holmes inicia a elaboração de uma teoria coerente sobre a Primeira Emenda, utilizando-se da retórica para enfatizar a necessidade da livre troca de ideias. Essa proteção seria necessária para determinar o que uma democracia deve fazer. Em 1920, o juiz Louis Brandeis estabeleceu a conexão entre a Primeira Emenda e o princípio do autogoverno, quando afirma em voto dissidente que o direito de um cidadão estadunidense de participar na criação de leis federais e na conduta do governo inclui necessariamente o direito de falar ou escrever sobre eles. Assim, ele deixa explícito que a liberdade de expressão e os direitos comunicativos seriam o caminho para o autogoverno (POST, 2014, p. 39-40).

É a partir dessa visão, que a Suprema Corte, a partir da década de trinta, passa a construir a estrutura de uma doutrina sobre a Primeira Emenda. Ela passa a enfatizar que o discurso sobre assuntos públicos seria a essência do autogoverno, e que a emenda exemplificava um comprometimento nacional profundo de que debates sobre assuntos públicos devem ser desinibidos, robustos e abertos (POST, 2014, p. 40).

2.3.2 Participação, legitimidade e democracia

A visão de democracia apresentada por Post mostra que a discordância do autor com a vertente coletivista da Primeira Emenda é profunda. Para ele, Meiklejohn e Fiss acreditam que o valor do autogoverno democrático está na população democraticamente fazendo escolhas informadas, atrelando, logo, esse valor à audiência ao invés dos falantes. Dessa forma, iguala-se democracia à tomada coletiva de decisões. No entanto, para Post, democracia envolve muito mais do que um método de tomada de decisões; nas raízes, a democracia refere-se ao valor de autoria (POST, 2011, p. 482).

Como Post vê a liberdade de expressão com o fim de garantir a autonomia política do cidadão, a qual ele compreende como a participação livre na formação do discurso público, é irrelevante o que esse discurso público efetivamente vai gerar, se decisões bem informadas ou não. A autodeterminação ocorre tão somente pela participação, não podendo ela ser segura ou moldada pelas regras de participação impostas por Meiklejohn:

Self-determination, we might say, is something that happens within public discourse; there is no eternal Archimedean point from which it can be compelled or its outcome anticipated. We can decide, within public discourse, to form and set in motion specific organizations of order and instrumental rationality, like town meetings. But it would be a grave mistake to confuse these discrete institutions with the sea of tumult and discord that is public discourse itself ¹⁹ (POST, 1993, p. 1119).

Post argumenta que sua visão tem suporte em Habermas, sendo que o fluxo de comunicação entre a formação da opinião pública, eleições institucionalizadas e decisões legislativas têm o propósito de garantir que o poder comunicativo seja transformado em poder administrativo, por meio da legislação (POST, 2014, p. 266).

Seguindo essa visão, Post também consegue argumentar contra a ideia de distorção da opinião pública, a qual, para ele, segue diretamente a lógica da representação. A possibilidade de distorção assume que o julgamento real do povo pode ser representado, mas na perspectiva da democracia discursiva, a verdadeira identidade do povo nunca é revelada e o público não toma decisões. Como eleitores e povo são coisas distintas, o que se privilegia é o processo de formação da opinião pública, que não tem fim ou conclusão definitiva. Logo, o princípio da não distorção não se traduz ao contexto contemporâneo da Primeira Emenda por ser incapaz de responder uma pergunta: se na democracia discursiva nunca se encontra a voz definitiva do povo, por qual ponto de referência saberemos que a opinião pública foi distorcida? (POST, 2014, p. 52-54).

A rejeição ao majoritarismo e o resgate histórico de Post também busca solidificar a ideia que os Estados Unidos passaram a valorizar a liberdade expressão como forma de concretização do autogoverno. Isso significa especificamente a necessidade de construção de um debate público robusto, de maneira que as ideias relativas à liberdade de expressão sejam vistas por esse viés, isto é, de maneira comprometida com a democracia discursiva (POST, 2014, p. 36).

Para o autor, a democracia discursiva postula que, por participar da constante e interminável formação da opinião pública, e por estabelecer instituições designadas para fazer o governo sempre responsivo à opinião pública, as pessoas podem desenvolver um senso de

¹⁹ Tradução do autor: “Autodeterminação, podemos dizer, é algo que acontece dentro do discurso público; não há um eterno ponto arquimedeano do qual ela pode ser compelida e seu resultado previsto. Nós podemos decidir, dentro do discurso público, colocar em prática organizações específicas de ordem e racionalidade instrumental, como encontros municipais. Mas seria um grave erro confundir essas discretas instituições com o mar de tumulto e discórdia que é o discurso público.” (POST, 1993, p. 1119).

propriedade (*ownership*) de seu governo e aproveitar o benefício do autogoverno (POST, 2014, p. 36).

Dessa forma, a democracia de Post refere-se a uma relação específica entre cidadão e seu governo. A democracia é atingida quando aqueles que devem seguir a lei também acreditam que são seus autores em potencial (POST, 2011, p. 482). Como visto, eleições e outros mecanismos que são ordinariamente associados com a tomada de decisões democráticas são, para o autor, simplesmente instituições criadas para maximizar essa relação (POST, 2011, p. 482).

Segundo Post, igualar democracia com o simples exercício da maioria não é só radicalmente inadequado como uma explicação dos contornos da doutrina contemporânea, mas também é um relato normativo pouco atraente da própria democracia (POST, 1991, p. 280). Para compreender o ideal normativo que embasa sua visão, cabe citar o texto de Bobbio ao qual Post faz referência, afirmando que um relato muito mais persuasivo é aquele que nota a distinção entre autonomia e heteronomia:

The distinction between democracy and autocracy is founded on a completely different criterion: namely, that power either ascends from bottom to top or descends from top to bottom. To justify this, Kelsen makes use of the distinction between autonomy and heteronomy: democratic forms of government are those in which the laws are made by the same people to whom they apply (and for that reason they are autonomous norms), while in autocratic forms of government the law-makers are different from those to whom the laws are addressed (and are therefore heteronomous norms)²⁰ (BOBBIO, 1989, p. 137).

Nesse sentido, a democracia para Post incorpora o valor da autodeterminação. Para responder o significado específico disso, ou seja, para explicar o que significa uma coletividade decidindo políticas governamentais de forma a facilitar o valor da autodeterminação, Post recorre à Kelsen:

A subject is politically free insofar as his individual will is in harmony with the "collective" (or "general") will expressed in the social order. Such harmony of the "collective" and the individual will is guaranteed only if the social order is created by the individuals whose behavior it regulates. Social order means determination of the will of the individual. Political freedom, that is, freedom under social order, is

²⁰ Tradução do autor: “A distinção entre democracia e autocracia baseia-se em um critério completamente diferente: nomeadamente, que o poder ascende de baixo para cima ou descende de cima para baixo. Para justificar isso, Kelsen faz uso da distinção entre autonomia e heteronomia: formas democráticas de governo são aquelas em que as leis são feitas pelas mesmas pessoas a quem se aplicam (e por isso são normas autônomas), enquanto em formas autocráticas de governo, os legisladores são diferentes daqueles a quem as leis são dirigidas (e são, portanto, normas heterônomas).” (BOBBIO, 1989, p. 137)

self-determination of the individual by participating in the creation of the social order²¹ (KELSEN, 1949, p. 285, grifou-se).

Em síntese, a democracia de Post é fundamentalmente sobre autogoverno, que significa liberdade política do indivíduo para participar na construção da ordem social. Esse autogoverno, para o autor, só é possível na democracia, a qual ele então consegue, partindo desses pressupostos, definir como uma tentativa de “[...] reconcile individual autonomy with collective self-determination by subordinating governmental decision making to communicative processes sufficient to instill in citizens a sense of participation, legitimacy and identification”²² (POST, 1993, p. 1115).

E, para Post, a noção que a autodeterminação requer a manutenção de uma estrutura de comunicação aberta a todos é alvo de grande consenso, citando como demonstração autores como Habermas, Rawls e Frank Michelman. Para ele, esses três pensadores veem que o objetivo da estrutura democrática é facilitar a obtenção de um acordo que seja não-coercitivo e alcançado pelos cidadãos de maneiras coerentes com o fato de serem vistos como pessoas livres e iguais (POST, 1991, p. 282).

Implícita à discussão acima, há a associação ao exercício da liberdade de expressão da Primeira Emenda com a possibilidade de legitimidade dentro de uma democracia. Nesse sentido, Post escreve que quando os direitos comunicativos são respeitados, gera-se o sentimento subjetivo de que o povo detém autoridade sobre seu governo, processo que Post denomina de legitimidade democrática (*democratic legitimation*). Para o autor, essa legitimidade ocorre quando o cidadão acredita que o governo é responsivo às suas visões; dependendo do que as pessoas efetivamente acreditam. Essa natureza subjetiva da legitimação democrática subscreveria a natureza dos direitos da Primeira Emenda. A esperança consiste na identificação do cidadão com o processo de formação da opinião pública, não com a efetiva influência individual (POST, 2014, p. 49).

Post afirma que a Primeira Emenda não garante a influência igual sobre a ação governamental: ela não protege a democracia direta, guiada pela lógica representativa e

²¹ Tradução do autor: “Um sujeito é politicamente livre na medida em que sua vontade individual esteja em harmonia com a vontade “coletiva” (ou “geral”) expressa na ordem social. Essa harmonia entre o “coletivo” e a vontade individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cujo comportamento ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo pela participação na criação da ordem social.” (KELSEN, 1949, p. 285).

²² Tradução do autor: “[...] de reconciliar autonomia individual com autodeterminação coletiva por meio da subordinação da tomada de decisões governamentais a processos comunicativos aptos a incutir nos cidadãos um senso de participação, legitimidade e identificação.” (POST, 1993, p. 1115).

igualitária, mas a liberdade de expressão da democracia discursiva. Nesta, todos os cidadãos são iguais aos olhos da lei, tendo cada um o direito de *participar* do discurso público. A Primeira Emenda garante que a pessoa determinará por ela mesma sua participação, apostando na liberdade de escolha do cidadão. Post exemplifica afirmando que seria impossível imaginar legislação que limitasse o número de livros que um cidadão pode publicar por ano, ou as linhas que pode contribuir em colunas de jornal, por mais que essas restrições servissem ao objetivo da igualdade de expressão (POST, 2014, p. 48).

A questão da legitimidade também serve para Post argumentar que o valor dessa legitimidade democrática aplica-se apenas às pessoas, não às coisas. Como exemplo, não sendo corporações pessoas físicas, elas não podem vivenciar o valor da legitimação democrática. É por isso que não se permite que elas votem em eleições ou sejam eleitas a cargos no legislativo, pois uma corporação comercial não possui direito igual à participação no discurso público (POST, 2014, p. 69).

A consequência dessa visão de democracia, consoante Post, é que para proteger o discurso público, que constitui a democracia em si, é necessário suspender as regras de civilidade dentro dele.²³ Porque o discurso público é compreendido como meio pelo qual a democracia é constituída, ele mesmo deve ser dispensado da regulamentação democrática (POST, 1991, p. 285). Assim, não percebendo a democracia como majoritarianismo e decisões esparsas, mas como o processo de participação no discurso público, Post visa proteger essa participação (e a democracia, consequentemente), argumentando que as regras de civilidade que geralmente protegem o discurso particular não se aplicam ao discurso público. O objetivo é que assim se proteja, absolutamente, a autonomia política dos cidadãos (JARYMOWICZ, 2013, p. 108).

Sem interferência negativa do Estado, o cidadão estaria livre para exercer sua autonomia política. Por privilegiar esse exercício da autonomia política, Baker afirma que

²³ Sobre regras de civilidade, Post escreve: “For hundreds of years an important function of the common law has been to safeguard the most important of these norms, which I call “civility rules.” These rules apply to communication as well as to action, and their enforcement lies at the foundation of such communicative torts as defamation, invasion of privacy, and intentional infliction of emotional distress. Through these torts the common law not only protects the integrity of the personality of individual community members, but it also serves authoritatively to articulate a community’s norms and hence to define a community’s identity.” (POST, 1991, p. 286). Tradução do autor: “Por centenas de anos, uma função importante da common law tem sido salvaguardar a mais importante dessas normas, que eu chamo de “regras de civilidade”. Essas regras aplicam-se tanto à comunicação quanto à ação, e sua aplicação está na base de crimes, tais como difamação, invasão de privacidade e inflição intencional de sofrimento emocional. Através desses delitos, a common law não apenas protege a integridade da personalidade dos membros individuais da comunidade, mas também serve com autoridade para articular as normas de uma comunidade e, assim, definir a identidade de uma comunidade.”

Post, apesar de ligar a liberdade de expressão ao autogoverno, é um teórico do discurso democrático baseado na autonomia (BAKER, 2011, p. 515).

Além disso, por rejeitar a interferência do Estado no direito de participação da construção da opinião pública, Jarymowicz denomina Post um absolutista no que concerne a sua classificação dentro das doutrinas relativas à liberdade de expressão, dado que a consequência de sua visão é defender que mesmo expressões que ofendem largos grupos sociais sejam permitidas sob pena de interferir no direito individual de participação democrática (JARYMOWICZ, 2013, p. 8). Afinal, a posição de Post justifica-se afirmando que a autodeterminação democrática só pode ser realizada na esfera pública se cidadãos são garantidos autonomia política, isso é, se eles são formalmente iguais e livres para contribuir na esfera pública da forma que eles considerem importante (JARYMOWICZ, 2013, p. 8).

A questão da proteção absoluta à participação pode ser melhor analisada quando Post trata especificamente sobre expressões racistas dentro do discurso público. Para o autor, proteger o discurso público não significa ser favorável à permissão de expressões explicitamente racistas em qualquer momento.

O autor escreve que a proteção constitucional estendida ao discurso público difere-se importantemente daquelas estendidas ao discurso não público. Mesmo que a Primeira Emenda imunize de regulamentação legal a circulação de certas ideias racistas em jornais, isso não significa que a expressão da mesma ideia não pode ser restringida, por exemplo, dentro do local de trabalho, onde não se aplica a noção do diálogo entre cidadãos autônomos e autogovernantes (POST, 1991, p. 289).

Além disso, Post defende que a categoria de expressões racistas não pode ser excluída como tal do discurso público. Para ele, o conteúdo de uma expressão em particular é apenas um dos muitos fatores relevantes para determinar se a comunicação pertence dentro ou fora do domínio do discurso público. Como exemplo, ele cita a marcha dos nazistas em Skokie²⁴, o qual ele interpreta como uma clara tentativa de participação no discurso público, mesmo que represente um símbolo político repulsivo. Ou seja, o contexto indica que racistas utilizaram a mídia para a comunicação de ideia com o intento específico de afetar a opinião pública (POST, 1991, p. 289-290).

²⁴ National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43, 1977. A Suprema Corte Americana estabeleceu que o partido nazista estadunidense possuía liberdade para marchar na cidade de Skokie, lugar de residência de sobreviventes do Holocausto. Para um relato dramatizado dos fatos ocorridos, recomenda-se o filme de 1981 dirigido por Herbert Wise.

A tentativa de coibir tal participação revela para o autor uma falha principal do debate contemporâneo, isso é, a comum presunção de que a relação entre uma expressão racista e a Primeira Emenda pode ser analisada independente do contexto. No entanto, para Post, a comunicação não forma um terreno constitucional uniforme, sendo que os padrões de proteção da Primeira Emenda garantidos ao discurso público não serão os mesmos aplicados às expressões fora dele. Esses também serão diversos da regulamentação governamental relativa à expressão dentro do domínio gerencial, tais como aquele dentro de instituições governamentais, tais como universidades ou exército.²⁵ Portanto, as circunstâncias concretas da expressão racista figuram proeminentemente na equação constitucional (POST, 1991, p. 325-326).

Ignorar essas circunstâncias seria ignorar o compromisso constitucional, com Post asseverando que o argumento pela coibição gera o ônus da apresentação de uma visão distinta de democracia:

The strict implication of this essay, then, is not that racist speech ought not to be regulated in public discourse, but rather that those who advocate its regulation in ways incompatible with the value of deliberative self-governance carry the burden of moving us to a different and more attractive vision of democracy. Or, in the alternative, they carry the burden of justifying suspensions of our fundamental democratic commitments. Neither burden is light²⁶ (POST, 1991, p. 327).

Pode-se dizer, por conseguinte, que a consequência da proteção de Post à autonomia política é que se tira da equação uma análise valorativa do conteúdo da expressão proferida. Para Baker, ao tirar de questão o conteúdo, tem-se o resultado admirável da garantia da liberdade de expressão servir para impedir que grupos dominantes imponham ao discurso público suas próprias visões do que merece ser discutido e do método a ser utilizado, fazendo, deste modo, o discurso público verdadeiramente livre (BAKER, 2011, p. 516).

²⁵ Essa relação triplíce entre discurso público, expressões fora do discurso público e expressões dentro de domínios gerenciais pode ser melhor explicada pelo seguinte trecho: “Public discourse may thus be conceived as situated in a triangular space. In one corner is community, which regulates speech in the interests of civility and dignity. In a second is organization, which regulates speech in the interests of instrumentally attaining explicit objectives. In a third corner is public discourse, which alone carries within it the freedom of critical interaction that we, in our culturally diverse nation, associate with democratic processes.” (POST, 1990, p. 684-685). Tradução do autor: “O discurso público pode assim ser concebido como situado em um espaço triangular. Em um canto está a comunidade, que regula a expressão no que interessa à civilidade e à dignidade. Em segundo lugar está a organização, que regula a expressão no interesse de alcançar objetivos explícitos de forma instrumental. Em um terceiro canto está o discurso público, que sozinho traz consigo a liberdade de interação crítica que nós, em nossa nação culturalmente diversificada, associamos aos processos democráticos.”

²⁶ Tradução do autor: “A implicação estrita deste trabalho, então, não é que a fala racista não deva ser regulada no discurso público, mas que aqueles que advogam sua regulamentação de maneiras incompatíveis com o valor do autogoverno deliberativo carregam o peso de nos levar a uma visão diferente e mais atraente da democracia. Ou, alternativamente, eles carregam o ônus de justificar suspensões de nossos compromissos democráticos fundamentais. Nenhum desses pesos é leve.” (POST, 1991, p. 327).

O exemplo das expressões racistas também permite que se aprofunde no que constitui a expressão protegida para Post. Como visto, o autor defende a análise do contexto, e não da expressão por si só. Isso porque após indagar por quais razões protegemos certas comunicações mas não outras, Post argumenta que a liberdade de expressão da Primeira Emenda trata não da pura e simples defesa de qualquer expressão, mas das falas e das estruturas relacionadas à expressão política e, conseqüentemente, à democracia.

Isso ocorre, visto que, para Post, não realmente existe expressão por si só, mas papéis que a expressão toma. Segundo o autor, a doutrina é uma ferramenta que direciona a atenção judicial para questões consideradas relevantes para a resolução de um caso. A doutrina, portanto, sempre pressupõe uma imagem de como o mundo pode ser categorizado de forma que permita julgamento legal. Contudo, a doutrina contemporânea da Primeira Emenda por vezes mostra uma imagem do mundo no qual algo que pode ser considerado “expressão” é feito como objeto genérico da proteção da Primeira Emenda. Para o autor, “The origins of this orientation no doubt lie in the text of the First Amendment itself, which refers generally to ‘the freedom of speech.’ But speech can be a generic object of constitutional protection only if there is present in speech a generic constitutional value.”²⁷ (POST, 1995, p. 1271).

Para Post, um exemplo de uma interpretação que generaliza a expressão é o trabalho de Schauer, que aspira explicar porque as cortes devem demandar constitucionalmente do Estado uma justificação mais forte para a expressão do que outras formas de conduta. No entanto, segundo Post, não há um princípio geral da liberdade de expressão, uma vez que um valor que por vezes aparece como importante numa situação não pode ser aplicado em outros contextos (POST, 1995, p. 1271).

Nesse sentido, o autor traz exemplos ilustrativos:

We might agree, for example, that speech within universities serves the value of the pursuit of truth because it establishes an effective marketplace of ideas, and we might construe the doctrine of academic freedom as designed to recognize and protect this value. But it is equally plausible, and not at all inconsistent, to conclude that this value is not very important with respect to certain kinds of speech between doctors and their patients, because patients depend upon, and ought to be able to rely upon, the advice of their doctors. We might construe our practice of subjecting doctors to liability for malpractice for rendering false opinions as evidence of this conclusion. Or, to pick another example, we might agree that statements about matters of public concern serve the value of democratic self-determination, and we might construe the First Amendment immunity afforded these statements from many forms of common law liability as reflecting the importance we attribute to this value.

²⁷ Tradução do autor: “As origens dessa orientação estão, sem dúvida, no próprio texto da Primeira Emenda, que geralmente se refere à ‘liberdade de expressão’. Mas a expressão só pode ser um objeto genérico de proteção constitucional se houver no discurso um valor constitucional genérico.” (POST, 1995, p. 1271).

But it is also plausible, and not at all inconsistent, to conclude that the value of democratic self-governance is not particularly important with respect to many forms of speech about matters of merely private concern, and we might interpret the continuing regulation of such speech by common law torts as reflecting this conclusion²⁸ (POST, 1995, p. 1271-1272).

O argumento do autor com esses exemplos é mostrar que esses valores representam virtudes implícitas em tipos específicos e distintos de práticas sociais. A democracia, explica Post, envolve formas complicadas de interação social pelas quais o povo governa a si mesmo. E, apesar de a expressão ser um pré-requisito para ela, a expressão solitária ausente de outras práticas sociais necessárias não carregará os valores que se procura na democracia. Ou seja, Post argumenta que se protege a expressão não por si só, mas porque ela incorpora uma forma particular de interação social. Logo, o que o autor busca fazer é identificar qual é a interação social que a Primeira Emenda busca proteger (POST, 1995, p. 1272).

A afirmação do autor explicita que todos os valores legais estão enraizados nas experiências associadas a tipos locais e específicos de práticas sociais. Como a lei para Post é, em última análise, uma forma de governança, ela não lida com valores como ideias ou princípios meramente abstratos. Os valores da lei funcionam, na realidade, para significar formas concretas de vida social real ou potencial, nas quais o que consideramos desejável pode encontrar sua realização. O mesmo vale para os valores constitucionais aos quais se apela para proteção da expressão. Esses valores encontram sua incorporação em formas particulares de interação social, e não na fala em si (POST, 1995, p. 1272).

Nas palavras do próprio autor:

The most general objection to any single free speech principle is that speech makes possible a world of complex and diverse social practices precisely because it becomes integrated into and constitutive of these different practices; it therefore assumes the diverse constitutional values of these distinct practices. For this reason the capacity of speech to sustain the fabric of all social life leaves no palpable

²⁸ Tradução do autor: “Podemos concordar, por exemplo, que a expressão dentro das universidades serve ao valor da busca da verdade porque estabelece um mercado efetivo de ideias, e podemos interpretar a doutrina da liberdade acadêmica como planejada para reconhecer e proteger esse valor. Mas é igualmente plausível, e nem um pouco inconsistente, concluir que esse valor não é muito importante em relação a certos tipos de expressão entre médicos e seus pacientes, porque os pacientes dependem e devem ser capazes de confiar nos conselhos de seus médicos. Podemos interpretar nossa prática de sujeitar os médicos à responsabilidade por negligência por apresentarem falsas opiniões como evidência dessa conclusão. Ou, para escolher outro exemplo, podemos concordar que as declarações sobre questões de interesse público servem ao valor da autodeterminação democrática, e podemos interpretar que a imunidade da Primeira Emenda permitiu que essas declarações de muitas formas de responsabilidade do common law refletissem a importância que atribuímos para este valor. Mas também é plausível, e nem um pouco inconsistente, concluir que o valor da autogovernança democrática não é particularmente importante em relação a muitas formas de expressão sobre questões de interesse meramente privado, e podemos interpretar a contínua regulação de tal expressão pelo Direito Civil da common law como refletindo esta conclusão.” (POST, 1995, p. 1271-1272).

constitutional residue. This line of analysis, if followed to its end, leads to a rather radical conclusion: **Speech does not itself have a general constitutional value, but rather we attribute to speech the constitutional values allocated to the discrete forms of social practice that speech makes possible. The unit of First Amendment analysis, in other words, ought not to be speech, but rather particular forms of social structure**²⁹ (POST, 1995, p. 1273, grifou-se).

Nesse sentido, Post escreve que se a Constituição reconhecesse e impusesse um único valor geral para a expressão, ela forçaria brutalmente todo o espectro da regulação estatal de formas de interação social a estar em conformidade com as práticas sociais particulares requeridas por esse único valor. Todavia, como visto por meio dos exemplos trazidos, a vida social é simplesmente diversa e rica demais para ser comprimida em qualquer padrão único (POST, 1995, p. 1272).

Por exemplo, por mais que a expressão possa ser utilizada para a autorrealização, Post argumenta que nenhum sistema legal sensato veria a prática da medicina como uma ocasião para a autorrealização do médico, pelo menos na medida em que tal cumprimento diverge dos padrões aceitos da medicina segura. O comportamento e a expressão de um médico são, portanto, regulados de modo a manter esses padrões, independentemente dessa regulamentação constranger a liberdade humana. Ao mesmo tempo, permitir que advogados e juízes em um tribunal usassem suas expressões meramente como um meio de autodesenvolvimento, propõe-se regular suas expressões como forma de servir ao propósito de alcançar processos de adjudicação justos e rápidos (POST, 1995, p. 1272).

Ou, utilizando-se de outro exemplo, Post argumenta que quando um soldado do exército escreve uma carta para seu senador, um tribunal pode ver a carta como parte da organização do militar ou da prática social do autogoverno democrático. Dependendo de sua caracterização, a carta carrega um valor constitucional diferente e será protegida de acordo com diferentes regras doutrinárias (POST, 1995, p. 1274).

Ao mesmo tempo que Post reconhece que a expressão tem múltiplas funções, sendo impossível um princípio geral abstrato que sintetize todas as possibilidades de expressão, o

²⁹ Tradução do autor: “A objeção mais geral a qualquer princípio único da liberdade de expressão é que a expressão possibilita um mundo de práticas sociais complexas e diversas precisamente porque se torna integrada e constitutiva dessas diferentes práticas; portanto, assume os diversos valores constitucionais dessas práticas distintas. Por essa razão, a capacidade da expressão de sustentar o tecido de toda a vida social não deixa nenhum resíduo constitucional palpável. Essa linha de análise, se seguida até o fim, leva a uma conclusão bastante radical: a expressão não tem um valor constitucional geral, mas atribui à fala os valores constitucionais atribuídos às formas distintas de prática social que a fala torna possível. A unidade da análise da Primeira Emenda, em outras palavras, não deveria ser expressão, mas sim formas particulares de estrutura social.” (POST, 1995, p. 1273).

que ele argumenta é que a mais proeminente e importante forma de ordem social que a jurisprudência da Primeira Emenda busca proteger é a democracia.

Para ele, grandes áreas de núcleo da doutrina da Primeira Emenda expressam de fato as aspirações normativas desse tipo específico de ordem social, que busca sustentar o valor do autogoverno, conciliando a autonomia individual e coletiva por meio do discurso público. A democracia se esforça para criar uma estrutura de governança que estará continuamente aberta ao surgimento de uma vontade comum, comunicativamente moldada e discursivamente esclarecida na esfera pública política (POST, 1995, p. 1275). E, em vez de aspirar a articular características abstratas da fala, a doutrina deve identificar formas distintas de ordem social que estão imbuídas de valor constitucional, e deve esclarecer e salvaguardar as maneiras pelas quais a fala facilita esse valor constitucional (POST, 1995, p. 1276-1277).

Por fim, Post aponta que cabe às cortes não tentar formular princípios gerais para a proteção constitucional da expressão como tal, uma vez que esta não tem valor constitucional e, portanto, o projeto está condenado desde o início. Como o valor constitucional é inerente a formas específicas de ordem social, no ponto da prática judicial efetiva, a expressão deve receber a proteção constitucional necessária para facilitar a manutenção e o sucesso de formas específicas de ordem social (POST, 1995, p. 1279).

2.4 A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO VALOR CENTRAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA JAMES WEINSTEIN

James Weinstein, assim como Post, vê na participação da construção do discurso público o valor fundamental para o direito da liberdade de expressão. Weinstein avisa que apesar de seu entendimento se dever muito a Post, a maior diferença entre ambos é que, além de analisar o contexto para decidir se tal expressão faz parte do discurso público ou não, Weinstein também analisa o conteúdo.

Nas palavras do autor: “I place somewhat greater emphasis on the content of the speech (that is, whether or not it is on a matter of public concern), while Post focuses more on its context (that is, whether or not the expression occurs in a setting essential to democratic self-governance)”³⁰ (WEINSTEIN, 2011a, p. 493).

³⁰ Tradução do autor: “Eu coloco uma ênfase um tanto maior no conteúdo do discurso (isto é, se é ou não sobre uma questão de interesse público), enquanto Post se concentra mais em seu contexto (isto é, se a expressão ocorre ou não em um cenário essencial ao autogoverno democrático)” (WEINSTEIN, 2011a, p. 493).

Baker afirma que esse critério de conteúdo faz a concepção de Weinstein mais estreita que a de Post. Por outro lado, torna sua teoria mais semelhante a outras teorias de discurso político e virtualmente todos os ditames da Suprema Corte que sugerem uma teoria de discurso político (BAKER, 2011a, p. 517).

A defesa de Weinstein parte de duas perspectivas: a descritiva e a normativa. A descritiva busca, assim como Post, explicar o comportamento da Suprema Corte Americana no que se trata de decisões sobre liberdade de expressão. E, no campo normativo, Weinstein afirma que seus argumentos têm base em um valor amplamente aceito pela sociedade e pela teoria constitucional: a participação na democracia (WEINSTEIN, 2011a, p. 491).

2.4.1 Defesa do poder explicatório

A parte descritiva de sua teoria busca afirmar que a proteção forte à expressão não é a regra, mas sim a exceção. Ele relembra o trabalho de Post ao afirmar que essa proteção rigorosa aplica-se primordialmente dentro do domínio do discurso público, o qual consiste em assuntos de interesse público ou de expressões em ambientes dedicados ou essenciais ao autogoverno democrático, tais como livros, revistas, filmes, a internet ou em fóruns públicos. Já em configurações cujo objetivo é outro que não o discurso público, Weinstein aponta que o governo tem uma margem de manobra muito maior para regular o conteúdo da fala. Como exemplo desses espaços, ele cita o ambiente de trabalho em agências governamentais, a administração da justiça nas cortes, ou as instruções dadas para escolas públicas (WEINSTEIN, 2011a, p. 493-494).

Ilustrando seu argumento, ele traz o fato de que no país um advogado tem o direito, conforme a Primeira Emenda, de solicitar clientes quando o faz para avançar objetivos políticos. Isso é, no país é prática comum que uma associação aborde um indivíduo e apresente seu caso perante a Suprema Corte na esperança de avançar visões políticas. Weinstein também relembra que tal solicitação não é possível por motivos econômicos. Como exemplo secundário, ele traz que boicotes motivados politicamente recebem proteção da Primeira Emenda, enquanto boicotes econômicos ordinários não. A Primeira Emenda também previne que o governo possa punir discursos políticos falsos, incorretos ou enganosos, mas, ao mesmo tempo, permite que discursos do gênero sejam proibidos quando tratando de propaganda comercial ou expressões dentro da relação médico-paciente. Os exemplos de Weinstein buscam demonstrar que há um tratamento jurídico diferenciado no país quando se trata de assuntos relativos ao discurso público. (WEINSTEIN, 2011a, p. 495).

Entre as tantas decisões trazidas por ambos os autores para defender sua perspectiva descritiva, talvez a mais interessante seja quando Weinstein usa como prova da adequação prática de sua teoria o caso *Snyder V. Phelps*³¹. Nele, membros de uma igreja protestaram próximos a um funeral de um soldado morto no Iraque, expressando termos ofensivos no qual afirmavam que a morte foi causada por razão dos Estados Unidos permitirem a homossexualidade. No caso, a Suprema Corte decidiu que a expressão em questão se relacionava a interesses sociais amplos, tais como a homossexualidade no ambiente militar e a conduta moral do país. E, não se tratando de assuntos particulares, a expressão era merecedora da proteção especial da Primeira Emenda. Tal decisão, para Weinstein, seria uma demonstração de como o valor que melhor explica a jurisprudência da Primeira Emenda é o comprometimento com a participação na construção do discurso público e consequente concretização do autogoverno democrático (WEINSTEIN, 2011a, p. 495-496).

Além do conteúdo, Weinstein afirma que é necessário observar não só a expressão, mas como defende Post, a configuração ou meio no qual a expressão ocorre. Fazendo referência a Post, ele afirma que uma estrutura é necessária (apesar de não suficiente sozinha) para que o discurso público sirva seu valor constitucional da democracia (WEINSTEIN, 2011a, p. 496).

Ademais, Weinstein argumenta que o valor que melhor explica o padrão das decisões relativas à liberdade de expressão é o comprometimento com o autogoverno democrático. Enquanto a discussão sobre que outros valores também podem ser centrais ao tema, Weinstein afirma que há concordância praticamente universal que uma norma central é a democracia. E, em sua mais estreita mas mais poderosa concepção, esse conceito nuclear reconhece o direito de todo indivíduo de participar livremente e igualmente na discurso pelo “qual nós governamos a nós mesmos” (WEINSTEIN, 2011a, p. 497).

Quanto ao valor da autonomia, ele afirma que mesmo que se possa ser favorável às ideias propostas por Baker e Seana Shiffrin no campo normativo (e que serão analisadas ao longo do trabalho), no campo descritivo elas não relatam a jurisprudência atual da Suprema Corte americana (WEINSTEIN, 2011a, p. 502). Ou seja, o autor reconhece a possibilidade do valor normativo, mas dá preferência a sua teoria pelo poder descritivo superior. Note-se que

³¹ *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 2011. O caso teve início após manifestação organizada pela Westboro Baptist Church durante o funeral do filho de Matthew Snyder, o qual foi morto durante a guerra do Iraque. A Corte decidiu a favor da igreja, por oito votos à um, determinando que sua expressão era relacionada a assuntos públicos e portanto totalmente protegida. O incidente não foi um caso isolado, com a mesma igreja protestando em outros funerais contra o que considerava uma tolerância à homossexualidade nos Estados Unidos. Os cartazes dos membros da igreja carregavam frases como "Thank God for dead soldiers" e "God hates you".

Weinstein não defende que a autonomia nunca tenha sido utilizada: ele admite que há instâncias em que a autonomia cumpre um papel da atual jurisprudência (WEINSTEIN, 2011a, p. 503).

2.4.2 Defesa da superioridade normativa

Passa-se aos argumentos que o autor classifica como normativos. Weinstein sistematiza o poder normativo que o conceito de autogoverno democrático possui para a liberdade de expressão por três perspectivas. Primeiramente, ele defende a legitimidade do valor, afirmando ainda que ele possui raízes fortes na sociedade americana e seria virtualmente aceito por todos. O segundo ponto foca no argumento de que o valor da participação democrática fornece melhores proteções à democracia do que as teorias alternativas, uma vez que, na medida que protege uma área mais limitada da expressão, consegue realizar tal proteção de forma mais robusta. Finalmente, fundamentar a liberdade de expressão nesse valor impediria que o judiciário utilizasse o pretexto da liberdade de expressão como forma de invalidar leis ou políticas públicas das quais discorda, mas não efetivamente ameaçam valores significativos relativos à Primeira Emenda (WEINSTEIN, 2011a, p. 504).

Quanto ao primeiro dos pontos mencionados acima, relativo à legitimidade, Weinstein argumenta que ninguém pode negar que um indivíduo tenha o direito de livremente e igualmente participar no discurso o qual influencia o governo. E, na visão de Weinstein, as outras teorias não possuem o mesmo consenso. Assim como Post, ele afirma que a promoção da autonomia individual não é robusta suficiente para fornecer proteção significativa à Primeira Emenda, além de ser especialmente contenciosa (WEINSTEIN, 2011a, p. 505-506).

Todavia, mesmo o autor admite que esse comprometimento com o autogoverno não significa que a extensão desse comprometimento gere consenso. O autor diferencia o comprometimento substantivo com comprometimento procedimental, afirmando que enquanto alguns defendem uma visão substantiva robusta, outros darão preferência a um comprometimento procedimental brando. Mas enquanto o primeiro engloba o último, seu argumento é que há ainda um consenso: todos temos a participação formal ao processo político. Ele afirma que Meiklejohn, apesar de incorreto em aspectos essenciais de sua teoria, foi correto ao observar que a liberdade de expressão nos Estados Unidos é uma dedução do comprometimento americano democrático básico (WEINSTEIN, 2011a, p. 506).

Weinstein argumenta que se um indivíduo é excluído de participar do discurso público porque o governo discorda das visões do falante ou porque considera as suas ideias demasiadamente perturbadoras ou ofensivas, qualquer decisão que viesse de tal discussão seria, para tal cidadão excluído, ilegítima. Ele afirma que se alguém é barrado de expressar um ponto de vista sobre o aumento de impostos, o dever da nação ir ou não à guerra, a política de imigração do país, ou legislação pendente relativa a direitos civis, o governo não é uma democracia, mas uma autocracia ilegítima. Da mesma forma, o governo não poderia restringir expressões por temor delas gerarem opinião pública equivocada, a favor de decisões ou políticas desastrosas (WEINSTEIN, 2011a, p. 498).

Citando Dworkin, ele aponta que esse interesse de participação constitui um direito no sentido forte da palavra: um interesse possuído por um cidadão individual que não pode ser ignorado sob o argumento de que a utilidade social geral seria incrementada.³² Como exemplo, o autor traz o fato que, ao contrário de outras democracias que consideram a liberdade de expressão como um interesse a ser sopesado com outros interesses sociais, os Estados Unidos restringe o governo de proibir a expressão de ideias racistas no discurso público mesmo se a sociedade como um todo estivesse melhor sem essas ideias presentes na discussão pública (WEINSTEIN, 2011a, p. 499).

Entretanto, esse repúdio ao instrumentalismo não significa que Weinstein considere de todo errada a teoria de Meiklejohn. Ele afirma que esses interesses de participação, tão centrais a Primeira Emenda, não exaurem os interesses baseados na democracia pela Primeira Emenda. Isso porque mesmo que uma regulamentação não infrinja o direito de fala de um cidadão ou viole os direitos democráticos de uma audiência por algum motivo ilegítimo, uma regulamentação ainda sim pode violar a Primeira Emenda porque interfere indevidamente com o interesse da audiência de receber a informação necessária para desenvolver uma visão pública informada sobre assuntos de política (WEINSTEIN, 2011a, p. 500).

Essa norma não pode, entretanto, ser caracterizada como nuclear ao valor da Primeira Emenda. Para ele, assegurar o fluxo de informações que provavelmente enriquecerá o discurso público é uma preocupação instrumental ao exercício da democracia. Não é, entretanto, como o direito de um falante de participar da construção do discurso público, *constitutiva* da democracia. Dessa forma, Weinstein considera que “The interest in

³² O argumento de Weinstein parece encontrar certa semelhança com a visão de Dworkin sobre a liberdade individual de expressão no que tange a discursos considerados discriminatórios. Gross explana que, para Dworkin: “Proibir que as pessoas se manifestem de forma discriminatória importa na negação, a essas pessoas, de sua capacidade de contribuição para o cenário político da comunidade de que fazem parte.” (GROSS, 2017).

information flow needed for public decision making is thus properly characterized as an important secondary norm.”³³ (WEINSTEIN, 2011a, p. 501).

Já o segundo argumento do autor pela defesa do conceito de autogoverno é sobre como uma delimitação rígida da proteção da liberdade de expressão torna-a mais forte e promove a legitimidade.³⁴ Para Weinstein, um preceito básico da democracia é que as pessoas têm coletivamente e individualmente um direito de governar, e que o governo restringir expressão porque as pessoas podem adotar uma política equivocada iria contra esse preceito básico de que as pessoas precisam ser confiadas a governar a si mesmas. Crucialmente, o autor aponta, esse preceito democrático não é aplicável fora do campo do discurso público e da tomada de decisões coletivas, na qual tal expressão é essencial (WEINSTEIN, 2011a, p. 509).

A autonomia, ao contrário, estaria aberta à disputas interpretativas. Ele discorre como diferentes visões sobre autonomia individual têm dividido liberais e conservadores em quanta proteção deve ser dada, por exemplo, à expressão comercial (WEINSTEIN, 2011a, p. 507). Em síntese, o autor argumenta que se mesmo em questões básicas (como discurso comercial) o conceito de autonomia gera disputas interpretativas por sua amplitude, o mesmo não pode ser dito sobre a definição qualitativa entre discurso público ou não a qual serve de base para sua teoria.

É esse afunilamento da proteção que permite que Weinstein defenda de forma absoluta o direito do cidadão de engajar em expressões políticas controversas. Para ele, outras democracias, caso tomadas como guia, demonstram como a tentativa de se sopesar o direito de expressão com preocupações sociais acabam por ceifar a possibilidade de expressões impopulares, provocativas, ou simplesmente ofensivas (WEINSTEIN, 2011a, p. 511).

O alcance de proteção que Weinstein defende pode ser melhor analisada em seus próprios exemplos:

Thus, despite the harm that the following types of expression can cause, American citizens currently have a right to make negligently libelous statements about

³³ Tradução do autor: “O interesse no fluxo de informação necessário para a tomada de decisões públicas é assim adequadamente caracterizado como uma importante norma secundária.” (WEINSTEIN, 2011, p. 501).

³⁴ Em análise à Weinstein, Baker afirma: “This narrowing usefully allows Weinstein (much more clearly than Post) to argue for stronger protection for what is covered. (Most absolutists - certainly Meiklejohn and Emerson, though maybe not Justices Black and Douglas - have noted that as a theory covers more speech, the burden increases in arguing for providing absolute protection.” (BAKER, 2011, p. 517). Tradução do autor: “Esse estreitamento permite que Weinstein (com muito mais clareza que Post) defenda uma proteção mais forte para o que é coberto. (A maioria dos absolutistas - certamente Meiklejohn e Emerson, embora talvez não os Justices Black e Douglas - tenham notado que quanto mais discurso cobre uma teoria, aumenta o peso de argumentar pelo fornecimento de proteção absoluta.”

government officials;" to advocate lawless conduct up the point of incitement;" to deliver racist or anti-Semitic diatribes as part of public discourse; and to denounce our country's war effort even if it encourages the enemy to fight harder and results in the death of our soldiers³⁵ (WEINSTEIN, 2011a, p. 513).

Para o autor, uma teoria baseada no direito individual de participação fornece uma justificativa sólida para proteger as expressões supracitadas, além de simultaneamente permitir a supressão de expressões odiosas não conectadas ao processo político. Já a autonomia, em contraste, teria uma dificuldade maior explicando por que esses exemplos de expressão política deveriam ser imunes, enquanto discursos danosos e não políticos também não merecem proteção (WEINSTEIN, 2011a, p. 513).

Por outro lado, o que será visto é como justamente esse afunilamento no campo de proteção leva a críticas sobre uma insuficiência da teoria. Weinstein não é alheio a essa dificuldade, apesar de discorrer especificamente apenas sobre arte não conceitual, afirmando que possivelmente a maior falha explicativa de sua teoria e de Post é a incapacidade de explicar facilmente a proteção rigorosa que a jurisprudência atual oferece à música sinfônica ou arte abstrata, por exemplo. A explicação que ele oferece consiste em que arte em geral é um meio particularmente efetivo de persuasão política, sendo que talvez a proteção rígida tenha sido estendida a toda arte mesmo aquela sem objetivo político (WEINSTEIN, 2011a, p. 499, rodapé).

Por fim, Weinstein defende que sua teoria serve como uma proteção a eventuais abusos judiciais. Para ele, a análise *quantitativa* requerida para determinar se uma lei indevidamente restringe informação necessária ao autogoverno democrático abre a possibilidade de juízes inserirem suas próprias discordâncias, de forma muito mais exacerbada do que uma análise *qualitativa* se os interesses participativos foram prejudicados (WEINSTEIN, 2011, p. 504).

Esse último, inclusive, seria o motivo que teria levado à decisão equivocada no caso *Citizens United*³⁶, na qual a Suprema Corte derrubou legislação que supostamente impediria o

³⁵ Tradução do autor: "Assim, apesar do dano que os seguintes tipos de expressão podem causar, os cidadãos americanos atualmente têm o direito de fazer declarações negligentemente difamatórias sobre funcionários do governo; defender a conduta ilegal até o ponto de incitação; fornecer ataques verbais racistas ou anti-semitas como parte do discurso público; e denunciar o esforço de guerra de nosso país, mesmo que isso incentive o inimigo a lutar com mais força e resulte na morte de nossos soldados." (WEINSTEIN, 2011a, p. 513).

³⁶ *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 310, 2010) trata sobre a constitucionalidade do §441b do *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) de 2002. O dispositivo proibia gastos independentes por corporações para expressões definidas como comunicações eleitorais e para manifestações defendendo a vitória ou derrota de um candidato. *Comunicações eleitorais* foram definidas como comunicações veiculadas por cabo ou satélite que se referem a um candidato identificado, o qual concorre a cargo federal e que são realizadas entre 30 dias de uma primária ou 60 dias de uma eleição geral. Dessa forma, o caso *Citizens United* não trata de

fluxo de informações na medida em que coibia doações eleitorais. Por isso, em sua visão, para reduzir o citado risco de uso ilegítimo do poder judicial, as cortes deveriam apenas invalidar leis para proteger o interesse democrático instrumental secundário do livre fluxo de informações apenas quando este é manifestamente debilitado (WEINSTEIN, 2011, p. 504).

No mesmo sentido, a adoção do conceito de autonomia iria para o autor expandir grandemente a expressão coberta pela proteção da Primeira Emenda, incluindo virtualmente todas as expressões. Isso abriria espaço para atuação indevida do judiciário, o qual seria empoderado ilegitimamente para interferir com questões cuja resolução deveriam ser deixadas para o processo democrático (WEINSTEIN, 2011, p. 510).

Em síntese, Weinstein defende a superioridade do valor do autogoverno democrático tanto pelo ponto de vista descritivo, quanto normativo. Para o primeiro, ele traz casos para sustentar que é com base nele que a Suprema Corte decide. Quanto ao segundo, sua superioridade normativa estaria por se basear em um valor universalmente aceito, cuja legitimidade oferece a oportunidade de uma defesa concisa e rígida do que mais importaria: o discurso público. Apesar de outros interesses também terem poder normativo, tal como a proteção do direito do público de receber informações, eles seriam secundários. Em contraste, a proteção da autonomia abriria para disputas interpretativas as quais enfraqueceriam a proteção ao discurso público.

contribuições diretas por corporações, proibidas desde o início do século anterior, mas de gastos independentes. O grupo que ingressou com a ação na Suprema Corte, chamado Citizens United, é organização sem fins lucrativos com orçamento composto majoritariamente por doações individuais e minoritariamente por doações advindas de corporações comerciais. Após ser proibida de divulgar filme com foco negativo na senadora Hillary Clinton, candidata nas primárias democráticas para a eleição presidencial de 2008, a organização defendeu que o filme e sua publicidade eram permitidas pela Primeira Emenda da Constituição estadunidense, sendo o §441b do Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA) inconstitucional visto que proibia gastos independentes criticando um candidato. A Suprema Corte, por 5 votos à 4, decidiu que o gasto financeiro nesse caso equivaleria à expressão política, estando inclusive corporações comerciais protegidas pelos direitos comunicativos dispostos na Primeira Emenda. Portanto, manifestações independentes, tais como uma corporação realizando propagandas televisivas a favor de um candidato, não poderiam sofrer limitações desde que não coordenadas com um candidato político. A consequência foi o aumento radical da influência do dinheiro nas eleições americanas. Para mais sobre o caso e suas implicações para a política estadunidense, conferir LEE, C.; FERGUSON, B.; EARLEY, D. 2014.

3 CRÍTICAS À PARTICIPATORY THEORY

3.1 CRÍTICAS AO ASPECTO DESCRITIVO

As críticas a abordagem de Post e Weinstein versam sobre dois aspectos distintos. O primeiro é sobre a função que uma teoria da liberdade de expressão deve ter. Busca-se responder a seguinte questão: deve uma teoria ter uma correspondência com a jurisprudência sobre o tema? Para Seana Shiffrin e Susan Williams, não obrigação de uma teoria explicar o histórico das práticas jurídicas.

Já a segunda vertente trata sobre disputas em relação à capacidade da *participatory theory* em explicar o padrão decisório da Suprema Corte americana. Para autores como Steven Shiffrin e Vincent Blasi, por mais que se aceite a abordagem do equilíbrio reflexivo empregada por Post e Weinstein, há decisões suficientes para duvidar do poder explanatório que a *participatory theory* possui.

3.1.1 QUAL A FUNÇÃO DE UMA TEORIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Tratando-se da primeira vertente, é necessário repetir que Post defende que sua tarefa não é determinar em abstrato qual a melhor teoria da liberdade de expressão, mas oferecer o melhor relato possível dos princípios históricos reais. Seu argumento é que a autoridade dos princípios da Primeira Emenda não vem da lógica ou da razão, mas do comprometimento nacional para proteger a liberdade de expressão. E, para determinar o significado desse comprometimento, é necessário o que o autor chama de “equilíbrio reflexivo”, que, como já visto, significa para o autor interpretar a história à luz dos melhores ideais enquanto simultaneamente se reexamina tais ideais à luz da história real (POST. 2011, p. 477).

Seana Shiffrin, em sua resposta, argumenta que uma teoria sobre liberdade de expressão pode cumprir, ao menos, duas funções. A primeira, a qual segue a linha de Post, é a de prover bases teóricas relativas às práticas existentes e à tradição histórica, oferecendo assim uma explicação e justificação coesa para elas. Além disso, em segundo lugar, uma teoria é capaz de oferecer fundações fortes para a proteção da expressão de um ponto de vista mais ideal ou crítico (SHIFFRIN, 2011, p. 549-550).

Para a autora, enquanto Post e Weinstein focam na primeira função, deve-se ter preferência pela segunda, dado que a autora entende que uma teoria independente das práticas

históricas é essencial ao permitir que se analise quais aspectos da tradição valem a pena ser valorizados e quais devem ser emendados ou abandonados (SHIFFRIN, 2011, p. 549-550).

Susan Williams, de forma semelhante, interpreta que há uma preocupação na *participatory theory* em uma adequação entre normatividade e jurisprudência da Suprema Corte. A autora, todavia, diz ter preferência pelas possibilidades normativas encontradas em uma teoria da liberdade de expressão. Isso porque por mais que Williams concorde com Post quando este afirma que o objetivo da teoria constitucional não é determinar no abstrato qual a melhor possível teoria da liberdade de expressão, ela discorda de sua caracterização do objetivo como oferecer o melhor relato dos princípios efetivamente utilizados historicamente (WILLIAMS, 2011, p. 604).

Para a autora, se a teoria deve explicar a doutrina, uma forma de explicar a doutrina é explicar por que, à luz do melhor entendimento de nossos valores, a doutrina está errada. Ademais, ela vê que também é função da teoria tomar uma abordagem crítica quanto a conceitualização dos próprios valores subjacentes à doutrina. Isso é, por mais que a teoria deva ser consistente com comprometimentos e preocupações profundas, isso não significa que ela não possa criticar como foram conceitualizados tais comprometimentos. A visão de Williams advém de sua diferenciação em três níveis possíveis de relação com a teoria:

One might see three levels at work here: on the surface we have the legal doctrine (for example, the rules categorizing different types of speech—commercial, sexually explicit, and so forth—and assigning different levels of protection to different categories); underlying the doctrine we have particular conceptions of values (such as the participatory model of democracy that Post and Weinstein support); and at the foundation we have our deep commitments (such as the commitment to autonomy that, I believe, provides the grounding for this model of democracy). Our theories must respond to and illuminate these deep foundations, but they can do so by criticizing both the doctrine and the particular conceptions of value at work in the current law. Indeed, if either the doctrine as a body or the particular conceptions of our values are taken as a given, then the critical capacity of theory is correspondingly limited³⁷ (WILLIAMS, 2011, p. 604).

Assim, Williams vê que é possível criticar a doutrina legal, as concepções particulares de valores, ao mesmo tempo que se concorda com a existência de um

³⁷ Tradução do autor: “Pode-se ver três níveis em ação aqui: superficialmente, temos a doutrina legal (por exemplo, as normas que categorizam diferentes tipos de expressão - comercial, sexualmente explícito e assim por diante — e atribuem diferentes níveis de proteção a diferentes categorias); subjacente à doutrina, temos concepções particulares de valores (como o modelo de democracia participatória que Post e Weinstein apóiam); e na base temos nossos compromissos profundos (como o compromisso com a autonomia que, acredito, fornece a base para esse modelo de democracia). Nossas teorias devem responder e iluminar essas bases profundas, mas podem fazê-lo criticando tanto a doutrina quanto as concepções particulares de valor vigentes na lei atual. De fato, caso a doutrina como um corpo ou as concepções particulares de nossos valores são tomadas como garantidas, então a capacidade crítica da teoria é correspondentemente limitada.” (WILLIAMS, 2011, p. 604).

comprometimento comum profundo. E se a teoria tem a função de ir além do melhoramento das abordagens atuais e levar-nos mais perto a um entendimento mais profundo dos nossos comprometimentos fundamentais, é imprescindível que ela seja capaz de questionar tanto a doutrina legal quanto as concepções particulares dos valores que a basearam (WILLIAMS, 2011, p. 605).³⁸

A crítica quanto à abordagem explanatória também é realizada por Baker, com o autor duvidando que o objetivo proposto por Post possa ser alcançado. Para ele, está presente uma visão errônea sobre o que significa interpretar. O autor argumenta que a interpretação nunca pode ser meramente uma explicação, mas deve na realidade ser uma investigação motivada (*motivated inquiry*), devendo esta ser descrita e defendida. E, para tanto, é necessário a utilização de um comprometimento mais profundo e normativo (BAKER, 2011, p. 519).

Seu argumento utiliza a própria Suprema Corte. Afinal, quando as cortes decidem que leis violam a Primeira Emenda, elas implicitamente rejeitam o entendimento do corpo legislativo do contexto e extensão do comprometimento nacional relativo à liberdade de expressão. Isso levantaria, para o autor, a seguinte pergunta: qual expressão, a do congresso ou da Corte, constitui o comprometimento nacional? (BAKER, 2011, p. 519).

A crítica que Baker levanta frente a necessidade de Post responder por que se deve identificar o comprometimento nacional com decisões judiciais, em vez de interpretá-lo com base em análise da política democrática. E, indo mais longe, Baker afirma que mesmo que se defenda a escolha de analisar as visões da Suprema Corte, resta ainda a pergunta de onde a Corte deve olhar para guiar suas próprias conclusões (BAKER, 2011, p. 519-520).

Por isso Baker argumenta que se vemos o projeto constitucional como algo que objetiva estabelecer os pré requisitos do governo legítimo, deve-se prover um guia para a Corte cuja base é teórica e normativa, não sociológica ou empírica. Para o autor, caso se atribua ao ato interpretativo o objetivo de promover legitimidade, a consequência é que a interpretação não pode meramente dizer qual é a concordância sobre determinada proposição, mas se deve dar as razões as quais mostram porque essa concordância é adequada e deve-se aceitá-la. Nesse sentido, se o comprometimento já é geralmente aceito ou não, pouco importa. Portanto, para Baker, a tarefa de Post não deve ser a de demonstrar descritivamente que a

³⁸ É partindo dessa concepção que Willians parte para criticar os conceitos dominantes da busca pela verdade e de autonomia, utilizados por Post. A crítica pode ser melhor observada mais para frente, quando se tratar mais especificamente sobre aspectos normativos da *participatory theory*.

democracia é um valor constitucional central, mas de argumentar que ela deveria ser uma preocupação primordial no âmbito normativo (BAKER, 2011, p. 520).

Portanto, Baker argumenta que as pretensões descritivas de Post carregam inerente valor normativo. Uma vez que Post defende a pretensão que a democracia é um valor político mestre, a ser honrado mesmo em conflito com outros valores constitucionais, ele está defendendo uma pretensão que por si só é controvertida. Baker relembra que apesar de existir concordância que uma versão da democracia é essencial a qualquer objetivo de legitimidade, é necessário atentar-se ao significado do “constitucional” dentro da democracia constitucional. Para ele, o termo representa uma visão de que processos democráticos só são legítimos caso limitados de diversas maneiras, especialmente por garantias de direitos individuais que limitam o domínio da tomada popular de decisões. Dessa forma, processos democráticos precisam ser limitados por garantias que restrinjam precisamente a confecção de leis, as quais Post espera que sejam responsivas à opinião pública. Mas Baker afirma que grande parte dos acadêmicos concebe a Constituição como limitando autogoverno popular, uma limitação necessária, ainda que não suficiente, para conferir legitimidade ao governo democrático (BAKER, 2011, p. 520-521).

Na supracitada visão, a ênfase não é na democracia como valor constitucional central, mas na outra metade que é essencial à legitimidade. E Baker argumenta que Post precisa prover argumentos para sua própria visão de democracia enquanto valor central, não apenas depender de um suposto consenso dentro da sociedade estadunidense. Para Baker, para escolher entre as pretensões que competem sobre o que é ou deveria ser aceitação comum, a história não dá respostas claras. Logo, a justificação requer um argumento ético ou moral, ainda que contextualizado historicamente. Ou seja, Post precisa mostrar o apelo da sua visão de democracia (BAKER, 2011, p. 521).

A crítica de Baker encontra ressonância na visão de Seana Shiffrin. Para ela, a visão monolítica e pronta que Post descreve sobre a democracia estadunidense não é tão segura quanto o autor parece afirmar. Há, na realidade, bastante discordância “[...] about the point of democracy, the form democracy must take, and what does or does not further democratic values”³⁹ (SHIFFRIN, 2011, p. 551).

Vincent Blasi tece críticas em sentido semelhante, apontando a necessidade de um argumento normativo, a qual vem das possíveis discordâncias entre conceitos de democracia.

³⁹ Tradução do autor: “[...] sobre qual o ponto da democracia, a forma que a democracia deve tomar, e o que avança ou não valores democráticos.” (SHIFFRIN, 2011, p. 551).

Ele, assim como Seana Shiffrin e Baker, aponta que existem outras concepções de democracia as quais competem com a vertente participatória exposta por Post e Weinstein. A título de exemplo, o autor traz a visão na qual se enfatiza o papel da opinião pública em garantir que os objetivos perseguidos por agentes públicos sejam consoantes com os objetivos que cidadãos ordinários mais valorizam. Ou, ainda, a visão em que a democracia tem como objetivo a checagem governamental, tendo-se em conta os mais sérios abusos de autoridade política. E, por último, Blasi menciona a concepção de Meiklejohn, a qual é orientada para que os ouvintes tomem decisões informadas e defendida pelo filósofo com argumentos do contrato social (BLASI, 2011, p. 533).

O que Blasi busca demonstrar ao trazer esses exemplos é que apesar de existir um comprometimento histórico profundo com a democracia, é questionável se esse comprometimento ou consenso estendem-se a concepção particular de democracia que lidera os argumentos de Post e Weinstein. Para o autor, o movimento de utilizar a democracia para tratar participação como a maior prioridade não é axiomática; requer, na realidade, justificação razoável (BLASI, 2011, p. 533).

Por sua vez, Steven Shiffrin e Vincent Blasi duvidam do poder descritivo da teoria. Para eles, não se trata apenas de duvidar que a abordagem empregada por Post é correta, mas também de questionar se o comprometimento histórico como apresentado por Post é, por um lado, capaz de descrever adequadamente a sociedade estadunidense, e, por outro, explicar a jurisprudência da Suprema Corte.

3.1.2 O problema da adequação: teoria e prática

Na visão de Blasi, os tipos de análises normativas que professores de direito fazem são quase inevitavelmente problemáticas. Ele aponta falta de treinamento e disposições temperamentais como possíveis razões para a audiência, na maior parte das vezes, dar peso significativo à facilidade de explicação e compreensão, à viabilidade da implementação da teoria dentro um ambiente institucional imperfeito e a seu apelo intuitivo, por exemplo. Para o autor, essas expectativas moldam o processo de pensamento mesmo quando não se opera no modo explicativo (BLASI, 2011, p. 531).

Esse ceticismo à análise normativa torna Blasi aberto ao intento descritivo de Post e Weinstein. Para o autor, um projeto explanatório introduz um tipo de disciplina que pode estimular introspecções normativas e julgamentos que não seriam acessíveis partindo de uma inquisição normativa vinda do zero. Por isso, Blasi afirma que mesmo caso outras teorias da

liberdade de expressão sejam superiores normativamente, ele ainda estaria interessado no poder descritivo da *participatory theory*. Portanto, o autor se diz pronto para engajar com Post e Weinstein em seus próprios termos, concordando com quanto à utilidade de uma teoria que se adeque aos casos passados, com os comprometimentos fundamentais e entendimentos compartilhados da comunidade política, ou preferencialmente com ambos (BLASI, 2011, p. 531).

Ainda sim, Blasi traz suas próprias dúvidas ao poder explanatório da *participatory theory*. O autor menciona que certos aspectos da história dos Estados Unidos, em seu projeto de descobrimento do significado do comprometimento com a democracia, podem implicar que a participação é uma preocupação especial. Mas para ele, a versão particular da democracia que se desenvolveu no país gera procedimentos eleitorais e tradições que produzem taxa de comparecimento dos eleitores relativamente baixas, uma relevância exacerbada do poder econômico e a prevalência de um sistema bipartidário em preferência a um sistema de representação proporcional, o que em sua visão dá mais voz às minorias. Esses fatores sugerem para Blasi que a participação não tem sido a preocupação dominante no nível de entendimento público, levando-o a ser cético quanto ao argumento de Post que a participação seria o comprometimento comum existente (BLASI, 2011, p. 533).

O argumento de Steven Shiffrin é semelhante: ele não acredita que a *participatory theory* seja capaz de cumprir o que se propõe, isso é, que a participação explica o comprometimento nacional com a Primeira Emenda dentro da democracia estadunidense. Para o autor, os Estados Unidos dificilmente podem ser considerados um local de participação política igualitária:

Institutions like the winner-take-all system in politics, gerrymandering, the United States Senate, and the recent decision in *Citizens United v. FEC* upholding the rights of business corporations to spend unlimited funds to influence the outcome of election campaigns all conspire to create a system that makes the participation of some citizens count more than the participation of others⁴⁰ (WILLIAMS, 2011, p. 604).

E, além dos argumentos que duvidam do comprometimento estadunidense com a participação dentro da democracia, há ainda críticas tratando do poder explanatório da *participatory theory* na adequação com a jurisprudência da Suprema Corte. Para Blasi, a

⁴⁰ Tradução do autor: “Instituições como o sistema vencedor-ganha-tudo na política, gerrymandering, o Senado dos Estados Unidos, e a recente decisão no *Citizens United v. FEC* no sentido de defender os direitos das corporações em gastar fundos ilimitados para influenciar o resultado das campanhas eleitorais, conspiram todas para criar um sistema que faça com que a participação de alguns cidadãos conte mais do que a participação de outros.” (SHIFFRIN, Steven, 2011, p. 563).

tentativa descritiva de Post e Weinstein não encaixa com diversas decisões da Suprema Corte. Para ele, o poder explanatório que intenta mostrar a priorização da participação sobre outros benefícios de uma opinião pública independente torna-se ainda mais fraco quando se analisa a jurisprudência (BLASI, 2011, p. 534).

Inclusive, Blasi entra na questão dos domínios gerenciais a qual Post se refere. Como visto, a *participatory theory* repousa parte de seu argumento explanatório no fato de sua lógica fazer sentido de decisões da Corte que promovam a regulamentação da expressão em domínios gerenciais específicos. Mas para Blasi, por mais que a *participatory theory* tenha adequação com a jurisprudência nesse sentido, ele aponta que isso não é único à teoria, afirmando que: “the other major rationales for free speech can also explain why speech may be regulated when the balance of considerations includes the often powerful regulatory interests that are present in most managerial domains”⁴¹ (BLASI, 2011, p. 534).

O que Blasi apresenta não é que outros valores para a liberdade de expressão, que também constroem-se a partir de comprometimentos com a democracia, deixem de possuir seus próprios problemas ao explicar a jurisprudência: “my contention is not that the democratic participation theory is worse than its closest competitors in explaining the case law. Rather, my point is that there is no apparent reason to prefer the participation theory on the basis of its explanatory power”⁴² (BLASI, 2011, p. 536).

Seana Shiffrin, de forma similar, faz crítica ao poder descritivo da *participatory theory*: para a autora, Post apresenta uma visão mais benéfica da relação de sua própria teoria com os precedentes judiciais e a tradição americana do que está disposto a conceder aos teóricos que baseiam liberdade de expressão na autonomia individual (SHIFFRIN, 2011, p. 551).

Blasi sugere que a defesa mais forte da posição de Post e Weinstein necessita utilizar seu poder explanatório de forma muito mais limitada, utilizando apenas comprometimento básico de que a opinião pública seja independente, no modesto sentido de não ser dominada pelo governo. E, uma vez estabelecida em termos explanatórios a prioridade de proteger a opinião pública por razão de seu papel político, argumentos normativos poderiam fazer o restante do trabalho em justificar porque deve-se priorizar a participação. Dessa forma, Blasi

⁴¹ Tradução do autor: “as outras principais razões para a liberdade de expressão também podem explicar por que a fala pode ser regulada quando o equilíbrio de considerações inclui os interesses regulatórios, muitas vezes poderosos, que estão presentes na maioria dos domínios gerenciais.” (BLASI, 2011, p. 534)

⁴² Tradução do autor: “[...] minha alegação não é que a teoria da participação democrática seja pior do que seus concorrentes mais próximos ao explicar a jurisprudência. Na realidade, meu ponto é que não há razão aparente para preferir a teoria da participação com base em seu poder explicativo.” (BLASI, 2011, p. 536)

reafirma que se a teoria da participação não é melhor que rivais em explicar a jurisprudência e o comprometimento comum, então Post e Weinstein necessitam de argumentos normativos superiores para defender a prioridade da participação (BLASI, 2011, p. 536).

Logo, percebe-se que é opinião dos autores até aqui citados que uma teoria não pode se sustentar apenas em sua vertente descritiva, necessitando também de argumentos normativos para justificar sua superioridade. Logo, passa-se às críticas levantadas aos aspectos normativos da *participatory theory*.

3.2 CRÍTICAS AO ASPECTO NORMATIVO

Inicialmente, se tratará da definição de discurso público e a relação entre política e mundo da vida dentro da *participatory theory*. Isso leva a questões levantadas por para Edwin Baker e Seana Shiffrin, relativas a uma limitação do conceito de autonomia utilizado por Post.

Após, serão apresentadas algumas contribuições à definição de autonomia, expostas por Susan Williams e Tim Scanlon. Expõe-se duas críticas específicas, uma por Williams que sugere um entendimento diverso sobre o significado da autonomia, e outra por Scanlon que sugere que se pare de focar no conceito de autonomia devido a sua vagueza.

Por fim, trata-se da possibilidade de uma teoria que adote uma pluralidade de valores para fundamentar a liberdade de expressão, apresentando-se a visão de Steven Shiffrin e Tim Scanlon, os quais defendem que não é possível utilizar um só valor como central ao que se trata da liberdade de expressão.

3.2.1 A relação entre esfera pública e privada

Um dos principais pontos de conflito dos críticos com a teoria de Post trata sobre a relação entre discurso no âmbito particular e o chamado discurso público, e com o intento qualitativo da *participatory theory*, o qual protegeria apenas o último. Como visto, a *participatory theory* propõe uma análise qualitativa, averiguando se a expressão faz parte do discurso público ou não, merecendo proteção forte apenas no primeiro caso. Essa redução do campo de proteção, inclusive, que permitiria uma proteção mais forte, na qual não se aplicam as regras de civilidade (BAKER, 2011, p. 517). E, uma das vantagens da análise qualitativa sobre a análise quantitativa seria a diminuição de disputas interpretativa e consequente redução da possibilidade de interferência judicial (WEINSTEIN, 2011a, p. 504).

As críticas levantadas aqui possuem como pano de fundo a divisão que Post utiliza entre a esfera pública e privada. Elas possuem quatro vertentes similares mas distintas. A primeira crítica duvida da utilidade do discurso público enquanto conceito operacional, visto que ele exclui expressões que deveriam ser protegidas, tais como aquelas advindas em uma mesa de jantar. A segunda vertente aponta que o conceito, por si só, repousa numa divisão irreal. Ou seja, duvida-se que uma teoria possa basear sua operacionalidade na divisão do conceito de autonomia e comunidade, visto que eles seriam inter-relacionados. A terceira vertente aponta a circularidade que a utilização do conceito exige, dado que para o cidadão exercer sua autonomia política, é necessário que Post atribua autonomia a ele. A quarta e última vertente desenvolve essa possibilidade de circularidade (a necessidade de se atribuir ao cidadão autonomia para que ele exercite a autonomia) para apontar como a indiferença da influência real da participação é problemática e contraditória ao ideal do autogoverno democrático.

É necessário relembrar que Post afirma que a diferenciação entre discurso público e discurso particular é uma divisão normativa, sendo que a proteção da Primeira Emenda, no contexto do autogoverno, diz respeito tão somente ao primeiro (POST, 2011, p. 485). Ainda sim, sua própria definição de discurso público seria larga o suficiente para incluir “[...] all communicative processes deemed necessary for the formation of public opinion. Art and other forms of noncognitive, nonpolitical speech fit comfortably within the scope of public discourse.”⁴³ (WILLIAMS, 2011, p. 604). Portanto, Post não enxerga a dificuldade em se utilizar a noção de discurso público enquanto conceito operacional para determinar o caráter de proteção à expressão.

Volokh, por sua vez, enxerga como principal problema da *participatory theory* a utilização do conceito de discurso público para decidir quais expressões proteger. Para o autor, além de difícil definição, o conceito é utilizado por vezes para abarcar expressões as quais Post e Weinstein não parecem interessados em proteger, uma vez que não dizem respeito a assuntos de interesse público.

Nesse sentido, o autor traz casos contrários, como, por exemplo, decisões relativas à propriedade intelectual, para afirmar que há exceções suficientes à *participatory theory* para que a abordagem mais adequada seja a “abordagem inclusiva”. Nela, toda expressão tem a

⁴³ Tradução do autor: “[...] todos os processos comunicativos considerados necessários para a formação da opinião pública. Arte e outras formas de expressão não cognitiva e não política encaixam confortavelmente no escopo do discurso público” (POST, 2011, p. 486).

presunção de proteção contra restrições baseadas em seu conteúdo, exceto caso a expressão caseja categorizada como um caso excepcional (VOLOKH, 2011a, p. 584).

Volokh conclui que apesar da proteção de expressões relativas a assuntos públicos ser uma preocupação central da Primeira Emenda, paradoxalmente a criação de categorias constitucionais explícitas de proteção acaba por prejudicar justamente expressões importantes ao discurso público. E, além disso, se o teste de discurso público é realizado de forma inconsistente mesmo por acadêmicos, não se deve esperar que juízes generalistas consigam realizá-lo de forma adequada. (VOLOKH, 2011a, p. 594)

Já Seana Shiffrin argumenta que a visão da autonomia política ligada à liberdade de expressão não é capaz de fugir das disputas interpretativas que Post tanto procura evitar. Isso porque, para ela, a teoria de Post é incapaz de tornar claro o que conta ou deveria contar como discurso público e discurso privado (SHIFFRIN, 2011, p. 553). E a existência dessa diferenciação, por si só, tem como consequência que sua teoria é incapaz de dar uma justificativa de forma direta para a proteção de arte abstrata para apreciação privada ou até mesmo para diários pessoais, cartas e conversas entre indivíduos sobre seus sonhos e relações pessoais (SHIFFRIN, 2011, p. 556).

Steven Shiffrin também apresenta dúvidas quanto a utilização de um teste sobre a expressão fazer parte ou não do discurso público para ser merecedora de sua proteção, dado que isso significa deixar campos de expressão sem proteção:

As I have suggested, it would be an odd democratic theory that afforded reduced protection for citizen conversations about politics in their homes or in coffee shops or bars that are not directed to the general public. I assume that “public discourse” for Weinstein includes much “private discourse” about politics (with the recognition that some restrictions in some circumstances might obtain, as in the military, workplaces, and the like)⁴⁴ (SHIFFRIN, Steven, 2011, p. 564).

Assim como Seana Shiffrin e Steven Shiffrin, Williams aponta que essa divisão é inerentemente instável, sendo que muitas das expressões fora do discurso público (a conversa na cozinha, no quarto ou na sala de aula etc.) merecem proteção forte da Primeira Emenda (WILLIAMS, 2011, p. 610).

No entanto, Williams sugere que a distinção é por si só problemática, não apenas pelos resultados gerados, mas conceitualmente. Em análise das dificuldades da teoria de Post

⁴⁴ Tradução do autor: “Como tenho sugerido, seria uma estranha teoria democrática aquela que proporcionasse uma proteção reduzida às conversas dos cidadãos sobre política em suas casas ou em cafês ou bares que não fossem direcionados ao público em geral. Eu assumo que o ‘discurso público’ para Weinstein inclui muito ‘discurso privado’ sobre política (com o reconhecimento de que algumas restrições em algumas circunstâncias poderiam obter, como nas forças armadas, nos locais de trabalho e afins)” (SHIFFRIN, Steven. 2011, p 564).

e Weinstein, a autora aponta que a teoria da democracia apresentada levanta algumas dificuldades próprias, sendo a mais grave a distinção entre o reino do discurso público democrático e outras expressões. Para a autora, essa distinção da *participatory theory* repousa na divisão entre diferentes modelos de pessoa, cada qual se aplica distintamente em reinos diferentes. No campo do discurso público, pessoas são e devem ser tratadas como autônomas; fora desse reino, pessoas são e podem ser tratadas como constituídas de normas baseadas na comunidade e, no sentido que Post e Weinstein se importam, não-autônomas (WILLIAMS, 2011, p. 610).

Contudo, para Williams a divisão entre discurso público e o restante da vida baseia-se na e institucionaliza a ideia que esses dois diferentes modelos de pessoa podem e devem ser separados em diferentes reinos da vida. Ela aponta que além da impossibilidade de aplicação, essa divisão é “(1) false as a matter of our experience of these different aspects of our lives; (2) conceptually untenable; and (3) based on an inadequate model of autonomy.”⁴⁵ (WILLIAMS, 2011, p. 611).

Quanto ao primeiro ponto, Williams defende que a divisão é falsa como uma questão de experiência, uma vez que existe a necessidade de constituição social e autonomia em todos os diferentes domínios da vida. No domínio da comunidade, como Post o identificaria, há uma necessidade de autonomia assim como de conexão. Seguindo a linha de Steven Shiffrin, Williams aponta que mesmo dentro de instituições não devotadas ao discurso público (tais escolas, hospitais, locais de trabalho etc), existem injustiças. Dessa forma, necessita-se das ferramentas aptas a responder tais injustiças, com discurso autônomo e ação que conteste as normas aceitas daquela instituição. Pode-se, assim, criar o dissenso (WILLIAMS, 2011, p. 611).

Em segundo lugar, Williams aponta que a divisão entre os dois modelos de pessoa é conceitualmente insustentável, porque cada modelo requer e incorpora o outro. Enquanto Post reconhece a interdependência prática dos diferentes domínios, Williams afirma que a interdependência é conceitual em vez de meramente prática: os conceitos de comunidade ou autonomia requerem a incorporação um do outro, sendo que separá-los é conceitualmente impossível:

The concept of community relies upon autonomy because socially constituted persons are never simply carbon copies of the community's ideal or norm. Both

⁴⁵ Tradução do autor: “(1) falsa como uma questão de nossa experiência desses diferentes aspectos de nossas vidas; (2) conceitualmente insustentável; e (3) baseado em um modelo inadequado de autonomia.” (WILLIAMS, 2011, p. 611)

cultural studies, generally, and feminist theory, in particular, have highlighted the “essentially contestable” nature of cultural norms. There is an inevitable exercise of autonomy in the interpretation, application, and evolution of communal norms and values. Community is, in other words, impossible—conceptually and not only practically—without autonomy⁴⁶ (WILLIAMS, 2011, p. 612).

A autora argumenta que, de forma similar, autonomia não é possível sem comunidade. Como Post reconhece, o significado e os limites do discurso público são determinados por certos comprometimentos valorativos substantivos: ele identifica autodeterminação e reflexão crítica entre esses valores. Como visto, ele afirma que a linha entre discurso público e discurso não-público é, em última instância, um limite normativo. Porém, Williams argumenta que os comprometimentos normativos não param nesses limites. Para ela, se a noção de reflexão crítica tem conteúdo algum, então o tecido do discurso público, e não meramente seus limites, é moldado pelos nossos comprometimentos normativos também. O que conta como apropriado (ou até mesmo reconhecível) como contribuição a esse discurso depende do entendimento da comunidade de conceitos normativos como reflexão, discurso e autonomia (WILLIAMS, 2011, p. 613).

Na realidade, a autora afirma, a tensão entre autonomia e comunidade é interna a cada domínio, não sendo possível resolver essa tensão por alocar a proteção de um modelo de pessoa a um reino da vida e a proteção ao outro modelo a um reino diferente. Precisa-se dos dois aspectos da personalidade em todos os aspectos da vida, dos assuntos familiares mais privados até a mais pública das arenas políticas. Dessa forma, Williams questiona a tentativa de uma divisão qualitativa, afirmando que o balanço apropriado entre autonomia e comunidade pode ser diferente em áreas diferentes da vida, mas que isso é uma diferença de grau ao invés de uma diferença de gênero. Para ela, a máxima utilidade da ideia de domínio público é como lembrete, o qual aponta o fato que, em algumas áreas da vida, a necessidade de autonomia é geralmente mais urgente do que a necessidade de comunidade (WILLIAMS, 2011, p. 614).

Williams traz que, em resposta a esse argumento no simpósio, Post sugeriu que, mesmo que a inter-relação entre autonomia e comunidade é verdade como uma questão de teoria moral e experiência, ainda faria sentido criar essa divisão entre eles como uma questão

⁴⁶ Tradução do autor: “O conceito de comunidade depende da autonomia porque as pessoas socialmente constituídas nunca são simplesmente cópias em carbono do ideal ou norma da comunidade. Tanto os estudos culturais, em geral, quanto a teoria feminista, em particular, destacaram a natureza ‘essencialmente contestável’ das normas culturais. Há um inevitável exercício de autonomia na interpretação, aplicação e evolução das normas e valores comunitários. A comunidade é, em outras palavras, impossível — conceitualmente e não apenas na prática — sem haver autonomia.” (WILLIAMS, 2011, p. 612).

relativa a teoria da liberdade de expressão. Williams afirma que obviamente toda teoria abstrai-se da experiência em alguma medida e irá, portanto, falhar em adequar-se perfeitamente a ela. Mas, em sua opinião, criar uma teoria da Primeira Emenda fundamentando-a no discurso público, entendido em termos dessa divisão de domínios entre autonomia e comunidade, não é tanto uma abstração da experiência quanto uma contradição dela. A autora afirma que se sua descrição é acurada como uma questão moral e experimental, então precisamos tanto de autonomia quanto comunidade em todos esses domínios, e uma teoria da Primeira Emenda que imponha essa divisão artificial falhará em alcançar nossas necessidades. Ela conclui que tal teoria esquecerá de metade do que está em disputa em muitos dos casos (WILLIAMS, 2011, p. 614).

A complexa relação entre esfera pública e particular tem como consequência outra dificuldade, dessa vez apontada por Baker: o autor vê risco de circularidade na teoria de Post. Isso porque ele afirma que um critério da expressão estar localizada no âmbito do discurso público é se a Primeira Emenda requer que o falante e sua audiência sejam tratados como autônomos. Mas, segundo Baker, se Post utilizar a visão de autonomia seguindo teóricos como Habermas, essa definição despreveria o mundo da vida descrito por Habermas, algo muito mais amplo do que a estreita esfera pública que Post descreve. É justamente para evitar isso que, para Baker, Post para antecipadamente, definindo seu conceito de autonomia como política, e não ética (BAKER, 2011, p. 516-517).

A crítica da circularidade é reiterada e desenvolvida por Jarymowicz. O autor norueguês avalia a teoria de Post partindo do ponto de vista de democracia deliberativa, justificando seu enfoque pelo fato de tanto a teoria de Post quanto a democracia deliberativa possuírem objetivos similares, tais como o fortalecimento da legitimidade democracia combinado com uma hostilidade ao majoritarianismo. O autor, porém, afirma que a democracia deliberativa, ao contrário da teoria de Post, é comprometida com uma justificação pública e uma descrição mais rica do conceito de autonomia (JARYMOWICZ, 2013, p. 108).

Assim, Jarymowicz (assemelhando-se à Williams) diz que para Post a autonomia não é vista como um conceito graduado ou relacional, mas como algo estático o qual os participantes trazem à esfera pública no momento de participar do processo coletivo de tomada de decisões. Esse conceito unidimensional de autonomia, ainda que amplo, ignora o problema da politização. Inexiste um pensamento crítico sobre o funcionamento da esfera pública, resultando em uma espécie de circularidade: para exercitar a autonomia de Post, precisa-se já ser autônomo (JARYMOWICZ, 2013, p. 114).

Para Jarymowicz, essa visão de Post relativa ao funcionamento da autonomia leva a implicações problemáticas. Como visto, Post desconsidera para a justificação da liberdade de expressão a necessidade de um conceito de autonomia individual. Para ele, autores como Sunstein colocam um ideal de autonomia individual demasiadamente alto, considerando uma pessoa autônoma apenas quando livre de constrangimentos internos e externos (POST, 1993, p. 1130-1132). Consequentemente, para Sunstein, se uma pessoa não é autônoma por razão de uma democracia não funcional, o Estado deve corrigir tais desequilíbrios por força de ações governamentais. Para Post, isso é inaceitável. Haveria, caso assim feito, uma interferência com a autonomia atribuída pelos particulares a si mesmos. Para Post, o *status* de cidadania por si só já pressupõe a existência de autonomia e liberdade (JARYMOWICZ, 2013, p. 119).

Jarymowicz sintetiza essa visão de Post ao apontar que mesmo nos casos no qual Post defende a possibilidade de corrigir desigualdades (como faz em sua obra *Citizens Divided*), Post trata a questão como um domínio gerencial excepcional, visto seu aspecto instrumental:

In fact, Post sees any correction aimed at fostering equality, such as the curbing of campaign spending, as managerial control and a case of imposition of instrumental reason at work. For Post, this is also a source of what he calls the paradox of free speech, which states that although the civility norms are necessary for successful public deliberation, they cannot be enforced to foster this deliberation because they also should be open to contestation⁴⁷ (JARYMOWICZ, 2013, p. 119-20)

Mas, como Jarymowicz argumenta, se a esfera pública foca apenas na igualdade formal, a diferença entre os cidadãos passa a desaparecer, como se não existisse (JARYMOWICZ, 2013, p. 112). Como visto, na *participatory theory* é suficiente que se tenha a oportunidade se expressar suas opiniões para existir legitimidade democrática, mesmo que a questão da influência efetiva nunca apareça. A consequência, na visão do autor norueguês, é que resta ausente o problema da oportunidade política real. O que se tem é neutralidade quanto aos pontos de vista ao custo de outra igualdade senão a formal (JARYMOWICZ, 2013, p. 114).

Todavia, dentro da teoria de Post, aceitar igualdade material como parte da justificação da liberdade de expressão significaria debilitar justamente o valor da neutralidade

⁴⁷ Tradução do autor: “Na realidade, Post vê qualquer correção direcionada a promover igualdade, tal como o controle de gastos de campanha, como um controle gerencial e um caso de exercício impositivo da razão instrumental. Para Post, isso também é uma fonte do que ele chama do paradoxo da liberdade de expressão, que afirma que embora as normas de civilidade sejam necessárias para o sucesso da deliberação pública, elas não podem ser impostas para promover essa deliberação uma vez que também devem estar abertas a contestação.” (JARYMOWICZ, 2013, p. 119-20).

quanto ao conteúdo, abrindo assim o caminho para disputas interpretativas e distintas reivindicações à autonomia. Ainda sim, JARYMOWICZ defende a necessidade de mecanismos nos quais o povo tenha não só o direito de se expressar, mas uma expectativa razoável de que será ouvido e terá oportunidade política de influenciar outros. No entanto, como não percebe tal possibilidade na teoria de Post, o autor conclui que ainda que o projeto seja admirável, os termos da liberdade de expressão para Post são cegos à diferença, impossibilitando justamente que o objetivo final do autogoverno eficiente do cidadão seja alcançado (JARYMOWICZ, 2013, p. 116).

3.2.2 Em defesa da autonomia

As duas críticas aqui trazidas são feitas por Baker e Seana Shiffrin. Esses autores defendem que a autonomia é o valor central da Primeira Emenda, e, portanto, a partir disso questionam o fato de Post parar cedo, isso é, de justificar sua teoria numa autonomia política, mas não individual. Para eles, os motivos que fundamentam uma autonomia política também seriam válidos para justificar a importância da autonomia individual na esfera do discurso público. Por fim, Baker relembra o tópico passado quando traz alguns questionamentos sobre a relação entre esfera pública e privada (e sua influência mútua), além de uma suposta desnecessidade de regras de civilidade reforçadas juridicamente.

Baker afirma que nem Post nem Weinstein caracterizam apropriadamente sua teoria da autonomia, quando enfatizam a superioridade de sua abordagem. E, apesar de o autor concordar com o argumento de Post no que diz respeito a centralidade da liberdade de expressão como meio de conferir legitimidade ao regime legal, e a relevância disso dentro de uma interpretação adequada da Primeira Emenda, Baker vê problema no valor atribuído por Post à democracia. (BAKER, 2011, p. 518).

Como visto anteriormente, Baker argumenta que Post precisa defender normativamente por que a democracia é o valor constitucional central. Isso porque a democracia pode ser compreendida de formas diferentes. Para ele, a regra do majoritarianismo é um padrão possível: não haveria razão clara para que pessoas não possam ter autogoverno para adotar quase qualquer lei, até mesmo leis que restrinjam expressões na esfera pública, caso essas pessoas ou seus representantes retenham o poder de propor e votar repelir essas restrições (BAKER, 2011, p. 521).

Baker interpreta que é respondendo a essa dificuldade que Post afirma que o melhor entendimento da democracia relaciona-se a criação da ordem legal como uma questão de

autoria (*self-authorship*), com isso requerendo um direito de liberdade de expressão mais robusto na esfera pública. Como observado, Post relaciona esse senso de autoria à legitimidade (BAKER, 2011, p. 521).

E, apesar de Baker concordar com essa visão específica de Post, ele continua a indagação: por que a autoria, caso considerada a sustentação normativa da democracia, não se aplica mais largamente? Por que não também igualmente honrar as escolhas pessoais de autogoverno de um indivíduo (quando uma atribuição de autonomia pode ser sustentada) contra limitações da lei coerciva? O que Baker argumenta, com esses questionamentos, é que existe um problema interno à teoria de Post: a significância moral da atribuição de autonomia, a qual é necessária para justificar a democracia, deveria também ser capaz justificar limites à democracia. Para ele, o valor pede que se respeite igualmente autogoverno individual assim como o governo coletivo democrático (BAKER, 2011, p. 521-522).

Shiffrin também indaga quais razões faria a noção de autonomia não servir para justificar um comprometimento com o autogoverno individual. Ela afirma ser incapaz de entender “how democracy and group self-rule are to be justified unless we also affirm a suitable and sensible commitment to individual self-rule”⁴⁸ (2011, p. 557). A autora aponta como é difícil compreender por quais razões é fundamentalmente importante não ter restrições sobre os pensamentos sobre as organizações sociais e a habilidade de externalizá-los, ao mesmo tempo que não se considera tão importante que alguém tenha pensamentos irrestritos e comunicáveis sobre sua própria existência, mortalidade, relações pessoais com amigos e estranhos e senso estético (SHIFFRIN, p. 557-558, 2011).

Nas palavras da autora: “Indeed, why would we have categorical reasons to respect the free communications of agents about social, democratic life if, at the same time, we denied we had such categorical reasons to respect their free communications about matters outside of public discourse?”⁴⁹ (SHIFFRIN, p. 558, 2011).

Ainda nessa linha, Baker argumenta que se poderia ver melhores razões para considerar a opinião pública, a qual a lei deve refletir, como uma incorporação da autoria caso o campo do discurso público fosse regulado para promover igual e completo acesso. Ele levanta a possibilidade de incorporar ao discurso público, em algum aspecto, valores relacionados a integridade da busca pela verdade, tais como respeito, razoabilidade,

⁴⁸ Tradução do autor: “como democracia e autogoverno coletivo podem ser justificados sem também afirmarmos um comprometimento sensível e adequado ao autogoverno individual” (SHIFFRIN, 2011, p. 557).

⁴⁹ Tradução do autor: “Por que teríamos razões categóricas para respeitar a liberdade comunicativa de um agente sobre a vida social e democrática se, ao mesmo tempo, negamos a existência de razões categóricas para respeitar sua comunicação livre sobre assuntos fora do discurso público?” (SHIFFRIN, 2011, p. 557-558).

integridade, honestidade, lógica e civilidade. Baker se pergunta por quais motivos Post excluiria essas razões para regular a esfera pública (BAKER, 2011, p. 522).

A própria visão de Baker é que essas intervenções seriam aceitáveis caso ocorram de forma consistente e com o respeito à autonomia popular. Elas não deveriam empregar meios inconsistentes com a atribuição de se respeitar a autonomia que uma ordem legal precisa atribuir às pessoas que pede para obedecer às leis, visto que precisa manter sua pretensão de legitimidade. Por isso Baker se pergunta por que e como Post pode parar cedo demais e oferecer uma teoria da autonomia que se aplica tão somente à tomada coletiva de decisões (BAKER, 2011, p. 522-523).

Uma resposta que Post explicitamente traz é que restringir a autonomia à esfera política permite que os valores de dignidade e civilidade sejam exigidos fora do âmbito do discurso público. Jarymowicz escreve que quando Post reduz o conceito de autonomia à igualdade formal e liberdade negativa, assim o faz para retirar da equação possíveis conflitos de autonomia. A igualdade formal e liberdade negativa que servem para que Post alcance uma esfera pública totalmente irrestrita, define a autonomia política de forma a não envolver nenhum conflito de direitos e, portanto, evitando confusões nos momentos de adjudicação (JARYMOWICZ, 2013, p. 110).

Baker, por sua vez, apesar de afirmar que não tem dúvidas que a personalidade humana não poderia ser desenvolvida e mantida sem essas regras de civilidade, duvida que elas necessitem de reforço legal. Para ele, há a possibilidade que essas normas sejam não opressivas apenas caso sua adoção seja voluntária (BAKER, 2011, p. 523).

E, mais relevante ao tema, o autor questiona se o cumprimento dessas normas fora da esfera pública não debilitam a concepção de Post sobre a democracia se relacionar a opinião pública formada livremente. Assemelhando-se às críticas já levantadas sobre a complexa relação entre âmbito público e particular, o que Baker questiona é se a relação e se a coibição em um dos âmbitos não influencia indevidamente o outro:

I suspect that the identity of the leading candidates for the Democratic presidential nomination in 2008 reflects not merely current public discourse but also, and maybe even more, the private discourse of the 1960s and 1970s happening in the kitchen about who does the dishes, in the bedroom about who will be on top, and at the household door about whom the daughter brings home for dinner. It would be too bad for democracy as well as for freedom if the law had enforced the prior civility rule⁵⁰ (BAKER, 2011, p. 523).

⁵⁰ Tradução do autor: “Eu suspeito que a identidade dos principais candidatos para a nomeação presidencial democrata em 2008 reflete não apenas o discurso público atual, mas também, e talvez ainda mais, o discurso privado dos anos 1960 e 1970 acontecendo na cozinha sobre quem lava os pratos, no quarto sobre quem vai ficar

Jarymowicz também reproduz a crítica, afirmando que uma visão de autonomia que se preocupa apenas com questões públicas ignora que as elas também possuem um aspecto privado:

[...] limiting autonomy to democratic self-government can result in the narrowing of freedom-of-speech protection since clearly not all issues that citizens care about can be framed in the language of democratic self-government. In other words, new problems are first problematized in the private sphere and it is only later, through deliberation and contestation, that they become public. As a result, Post will lack the resources to explain the processes of politicizing new issues in the public sphere, which makes his theory resistant to social change⁵¹ (JARYMOWICZ, 2013, p. 110).

A crítica de Jarymowicz revela que a relação entre esfera pública e privada é complexa e desafia fácil divisão: expressões no âmbito privado por vezes encontram dificuldades em serem traduzidas para discursos da esfera pública. E, ao mesmo tempo, a proteção às expressões dentro do discurso privado pode influenciar quais serão as expressões futuras dentro do discurso público.

3.3 OUTRAS CONTRIBUIÇÕES À QUESTÃO DA AUTONOMIA

Enquanto Seana Shiffrin e Edwin Baker defendem o valor da autonomia como central, e partem suas críticas a partir disso, há autores que sugerem outros caminhos. Williams propõe uma visão alternativa de autonomia que, em sua visão, não sofreria as críticas propostas por Post. Já Scanlon critica a utilização para o conceito de autonomia com intentos diferentes.

3.3.1 A alternativa da autonomia relacional proposta por Williams

Williams afirma que as críticas de Post e Weinstein aos modelos alternativos aos seus, consistentes na autonomia ou na busca pela verdade como valores centrais à Primeira Emenda, são baseadas em modelos falhos de ambas as teorias. Para a autora, filósofas

no topo, e na porta da casa sobre quem a filha traz para jantar em casa. Seria muito ruim para a democracia, bem como para a liberdade, se a lei tivesse aplicado a regra anterior de civilidade.” (BAKER, 2011, p. 523).

⁵¹ Tradução do autor: “[...] limitar a autonomia ao autogoverno democrático pode resultar no estreitamento da proteção da liberdade de expressão, uma vez que claramente nem todas as questões com as quais os cidadãos se preocupam podem ser enquadradas na linguagem do autogoverno democrático. Em outras palavras, novos problemas são primeiro problematizados na esfera privada e só mais tarde, por deliberação e contestação, eles se tornam públicos. Como resultado, o Post não terá recursos para explicar os processos de politização de novas questões na esfera pública, o que torna sua teoria resistente à mudança social.” (JARYMOWICZ, 2013, p. 110).

feministas já desenvolveram críticas aos modelos tradicionais, seja ao modelo cartesiano de verdade ou o modelo liberal de autonomia, sendo que esses modelos alternativos não foram criticados por Post e Weinstein (WILLIAMS, 2011, p. 603).

Em sua visão, ambos os autores criticam a autonomia com base em dois argumentos. O primeiro consiste em afirmar que o valor da autonomia não é único à expressão e iria, portanto, levar a um escopo de proteção demasiadamente largo e inconsistente com o foco na expressão da Primeira Emenda. Segundo, o valor da autonomia não seria capaz de apontar o caminho correto nos casos em que a autonomia do falante conflita com a autonomia da audiência (WILLIAMS, 2011, p. 607-608).

O que a autora apresenta, entretanto, é uma vertente da teoria narrativa da autonomia. Nessa modalidade, o conceito identifica o exercício central da autonomia não no momento da escolha, mas no processo contínuo de um cidadão contar sua própria história. Esse modelo é fundamentalmente relacional e expressivo. O foco não é no ato de volitivo, mas na atividade de interpretação e na criação de significado (WILLIAMS, 2011, p. 608).

Como analisado por Baker, a teoria da democracia de Post e Weinstein é, na realidade, uma teoria da autonomia aplicada à democracia: a participação no discurso público é a expressão da autonomia política, sendo esta necessária para uma democracia legítima (BAKER, 2011, p. 515). Para Williams, isso significa que essa versão da teoria da democracia é essencialmente uma teoria da autonomia limitada ao escopo da política democrática, onde esta é compreendida em termos de um modelo particular de diálogo público. Como resultado, a autonomia é conectada à expressão por meio da democracia (uma vez que ela está centrada no diálogo público), ao contrário de focar em outras atividades ou escolhas pelas quais o indivíduo possa exercer sua autonomia (WILLIAMS, 2011, p. 608-609).

Para a autora, uma teoria da autonomia que vê a presença da autonomia na narrativa funciona da exata mesma maneira. Ao focar nos mecanismos nos quais as pessoas contam suas próprias histórias, esse modelo explica por que a autonomia é particularmente conectada à expressão: a expressão, entendida de forma ampla, é o mecanismo primário para a interpretação e criação de significado. Conforme a autora, a consequência dessa noção de autonomia narrativa é que ela não estaria sujeita as mesmas críticas que uma autonomia baseada em escolhas, visto que a última pode se aplicar ao largo campo de escolhas sem conexões em especial à expressão (WILLIAMS, 2011, p. 609).

Todavia, por mais que essa noção de autonomia consiga criar uma relação entre expressão, diferenciando-a da ação em geral, a segunda crítica de Post permanece. Nela, o autor versa sobre a potencialidade de conflitos entre autonomia de um falante e autonomia de

uma audiência, Williams afirma que essa potencialidade é real e cria casos difíceis. Entretanto, ela não acredita que tais conflitos não são incapazes de serem resolvidos. A questão real, para a autora, é se a teoria é capaz de iluminar as apostas normativas em tais casos, provendo material para que se determine o peso relativo das pretensões conflitantes e dê ferramentas para acomodar cada pleito tanto quanto possível (WILLIAMS, 2011, p. 609).

E, para a autora, a teoria da autonomia narrativa é capaz de fazer isso. Dando como exemplo a questão do financiamento de campanhas, ela afirma que no modelo narrativo a pretensão de autonomia do falante, enquanto real, é reduzida em significância na medida em que as pretensões de autonomia de outros possíveis participantes do diálogo político aparecem mais claramente e de forma mais urgente (WILLIAMS, 2011, p. 609).

Além disso, invertendo o argumento de Post, Williams argumenta que o fato de uma teoria da liberdade de expressão conseguir reconhecer pretensões dos dois lados de um caso é uma virtude, não uma falha. Para a autora, trata-se de uma virtude intelectual e moral que uma teoria consiga reconhecer a realidade que os valores protegidos pela liberdade de expressão podem estar dos dois lados e que não há como decidir um caso sem o sacrifício de parte deles. Por outro lado, uma teoria que sugere uma resposta certa clara, com nada de valor perdido, pode levar a uma arrogância que simplesmente recusa-se a reconhecer os custos que os valores por vezes impõem. De acordo com Williams, uma teoria é mais forte caso seja capaz de reconhecer a inevitabilidade das ocasionais “escolhas trágicas” que o direito constitucional traz, ajudando-nos a aceitar a responsabilidade de tais escolhas (WILLIAMS, 2011, p. 610).

Como visto no tópico passado, Williams crítica a distinção entre discurso público e particular para Post e Weinstein. Para a autora, as dificuldades que a teoria da democracia tem em definir e defender a divisão entre domínio público e o restante da vida tem parcialmente como culpa um modelo particular de autonomia. Seria porque a autonomia é vista como ameaçada pela imposição de regras de comunidade que essa divisão torna-se tão importante e os limites entre o domínio público precisa ser defendido. Mas, para Williams, se a autonomia fosse entendida de uma forma mais relacional, então a contribuição de regras de comunidade para a criação e manutenção da autonomia seriam mais claras (WILLIAMS, 2011, p. 614).

Nessa linha, Williams reitera que a relação é interdependente: normas de comunidade são cruciais para facilitar a autonomia, ao mesmo tempo que a autonomia é necessária para manter comunidade. A questão seria sobre o balanço entre ambos, sendo esse um problema que requer atenção aos detalhes de contextos particulares, instituições e práticas sociais. Para ela, o discurso público, nessa visão, não marca o domínio no qual a autonomia é o valor soberano; autonomia e comunidade são valores dos dois lados da linha. O resultado

desse modelo de autonomia é um entendimento da Primeira Emenda que dá proteção insuficiente as pretensões de autonomia fora do discurso público e proteção insuficiente as pretensões de comunidade dentro do discurso público. A liberdade de expressão seria melhor servida, para a autora, por uma teoria que comece com um modelo relacional de verdade e autonomia (WILLIAMS, 2011, p. 615).

3.3.2 Scanlon: “Podemos, por favor, parar de falar em autonomia?”

Já para Scanlon o conceito de autonomia não seria útil caso se necessite procurar uma única ideia que capture os interesses merecedores da proteção da Primeira Emenda. O autor, inclusive, faz referência a si mesmo, uma vez que já defendeu em artigo passado a autonomia como peça central de uma teoria da liberdade de expressão (SCANLON, 2011, p. 546).

Segundo Scanlon, o problema central com o conceito de autonomia é que ele é comumente entendido de formas demais. Uma interpretação é a que Post concebe, tratando a autonomia como uma espécie de liberdade a qual não pode sofrer interferência. É por essa interpretação que a crítica de Post à autonomia como valor pra liberdade de expressão consiste em apontar que sua consequência é que todas as ideias são iguais, dado que todas igualmente refletem a autonomia de seus falantes correspondentes, ao mesmo tempo que essa autonomia merece ser igualmente respeitada (SCANLON, 2011, p. 546).

Ainda, a autonomia pode ser compreendida como uma ideia de responsabilidade: considerar agentes autônomos, nesse sentido, é considerá-los responsáveis por suas ações. Scanlon relembra que, quando defendeu a autonomia como valor fundamental, pensou nesse tipo de autonomia aplicado para a audiência, utilizando essa concepção particular como argumento para defender que danos (como a criação de falsas crenças, por exemplo) não poderiam ser utilizados como justificativa para restrições à expressão, uma vez que essas justificações também teriam que ver a audiência como composta por membros autônomos e responsáveis por suas próprias crenças (SCANLON, 2011, p. 546-547).

Há, ainda, outras interpretações do conceito, as quais por vezes consideram a autonomia uma capacidade a qual a liberdade de expressão aumenta ao colocar pessoas em posições melhores para tomarem decisões. Ou, inclusive, a noção sugerida por Williams da chamada autonomia narrativa. (SCANLON, 2011, p. 546).

O propósito de Scanlon não é rejeitar a noção de autonomia, mas apresentar que apesar dos muitos dos diferentes usos do conceito de autonomia identificarem valores importantes, é imprescindível reconhecer de que forma eles são diferentes:

It is one thing to say that citizens have an important interest in being able to hear what others have to say in order to make up their minds about topics which are important to them (not just about how to vote). It is another to say that they are responsible for the opinions that they form in a sense that if exposure to expression would lead to their having opinions that put them in a worse position to decide what to think, this could not be taken as a ground for restricting that expression. This also may be correct, in at least some cases, but it is a different idea and one that arises at a different point in the argument⁵² (SCANLON, 2011, p. 547).

O autor reforça que a importância de distinguir entre valores diferentes que podem ser referidos como autonomia são especialmente relevantes nos casos em que a autonomia dos falantes e da audiência estão em conflito. Scanlon suspeita que, quando Post faz referência a esse conflito, o que está em disputa varia conforme o lado que se observa. De um lado, está o interesse de autonomia do falante, isso é, deste ter liberdade para se expressar e ter acesso ao público para o qual busca defender sua ideia. Já no lado da audiência, a busca por autonomia se manifesta em outro sentido: busca-se estar numa boa posição para decidir o que pensar, livre da cacofonia gerada por um sistema irrestrito de expressão. Para Scanlon, não se melhora o entendimento desse conflito entre falante e audiência quando se utiliza para ambos os valores o mesmo conceito de “autonomia” (SCANLON, 2011, p. 548).

3.4 E O LIVRE MERCADO DE IDEIAS?

Além das críticas em relação à definição de autonomia utilizada por Post, existem críticas quanto a sua definição do livre mercado de ideias. Isso porque os autores aqui trazidos afirmam que Post e Weinstein interpretam um modelo de busca de verdade como a necessidade de existir uma autoridade que separe a verdade da falsidade.

Susan Willians repete os argumentos de Post e Weinstein para apontar que ele pode ser compreendido de duas formas. Na primeira, os autores estão falando que a teoria da verdade necessita de regulamentação governamental do mercado de ideias, em virtude de tal

⁵² Tradução do autor: “Uma coisa é dizer que os cidadãos têm um relevante interesse em poder ouvir o que os outros têm a dizer, a fim de decidirem-se sobre assuntos que são importantes para eles (e não apenas sobre como votar). Outra é dizer que eles são responsáveis pelas opiniões que formam no sentido de que, se a exposição à expressão levasse a ter opiniões que os colocam em uma posição pior para decidir o que pensar, isso não poderia ser tomado como base para restringir essa expressão. Isso também pode estar correto, pelo menos em alguns casos, mas é uma ideia diferente e que surge em um ponto diferente na discussão.” (SCANLON, 2011, p. 547).

disciplina regulamentar ser necessária para a verdade resultar da competição. Entretanto, para a *participatory theory*, a interpretação da Primeira Emenda pela Suprema Corte preveniria tal regulamentação. Para aceitar esse argumento, necessita-se aceitar a premissa descritiva, defendendo-se que a interpretação da Primeira Emenda depende de como as cortes têm assim feito. Todavia, Williams já rejeitou essa premissa ao defender a aceitabilidade de uma teoria que falha em ser coerente com as práticas atuais (WILLIAMS, 2011, p. 605-606).

Em segundo lugar, ambos os autores argumentariam que a teoria da verdade é falha, dado que assume a errada premissa que a verdade resultaria de um mercado não regulado de ideias. Enquanto Williams admite que a crítica seja válida ao se aplicar as tradicionais teorias da verdade, não se aplica a um modelo alternativo (WILLIAMS, 2011, p. 605-606).

A alternativa que Williams traz é a ideia de um modelo relacional de verdade, oposto ao modelo tradicional cartesiano. O argumento consiste em afirmar que o governo não precisa julgar ideias como verdadeiras ou falsas, melhores ou piores, para que a liberdade de expressão sirva à busca pela verdade. O que é necessário, entretanto, é o poder para reforçar as pré-condições morais e políticas nas quais a busca pela verdade tem progresso. Assegurar essas pré-condições, dentro de um modelo relacional de verdade, não é o mesmo que o governo se esforçar para prescrever o resultado do processo de busca pela verdade (WILLIAMS, 2011, p. 607).

Isso é possível porque esse modelo relacional de verdade reintegra os valores éticos e políticos os quais um modelo cartesiano tenta retirar da epistemologia. Tais valores como respeito, integridade, honestidade e civilidade são uma parte necessária das fundações da busca pela verdade. Quando a verdade é compreendida de formas que fazem essas pré-condições claras, então a teoria da verdade em si mesma é uma junção de valores cognitivos como valores morais e políticos (WILLIAMS, 2011, p. 605).

A crítica de Blasi e Williams possui semelhanças. O autor afirma que Post trata sobre o livre mercado de ideias reduzindo-o a uma busca pelo tipo de conhecimento que depende para sua validação avaliação disciplinada e oficial. Mas, como Williams, ele afirma que o entendimento de Post sobre a metáfora não é a única disponível:

We could view the marketplace of ideas as most notable for its low barriers to entry and its service as a cultural symbol of the need for constant adaptation to ever-changing conditions. In this view, markets are all about dynamic adjustment, not expert resolution. So understood, the marketplace-of-ideas ‘theory’ might be that free speech is most valuable for its effects on the attitudes of the general population toward such phenomena as change, challenge, disagreement, and persistent lack of settlement. Learning to appreciate the fact that life is more unstable and less fully

ordered than one might like is a precondition for productive, innovative adjustment⁵³ (BLASI, 2011, p. 538)

Volokh, por sua vez, reitera que apesar do mercado de ideias precisar ser organizado de alguma forma, isso não significa que o governo deva impor tais regulamentações por meio de poder coercivo. Na realidade, a separação entre verdade e falsidade já ocorre sem coerção legal, com professores universitários, pesquisadores e cidadãos informados estando constantemente engajados nesse processo. (VOLOKH, 2011b, p. 596)

Além disso, o autor argumenta que apesar de tanto a academia quanto o debate público possuírem suas falhas, uma coerção realizada por agentes estatais nesse âmbito é igualmente problemática. Primeiro, porque tal regulamentação provavelmente será um produto de grupos de interesse, e não um julgamento imparcial sobre a verdade. Segundo, mesmo que uma regulamentação reflita adequadamente o estado da opinião do momento, ela tende a bloquear questionamentos futuros em vista de novos argumentos e evidências. E, em terceiro lugar, Volokh argumenta que, ao bloquear desafios às ideias aceitas, a regulamentação governamental iria prejudicar a confiança nessas mesmas ideias, ainda que elas sejam corretas. Isso porque uma prova de que uma teoria histórica ou científica é correta consiste em sua habilidade de resistir aos desafios propostos. (VOLOKH, 2011b, p. 597-598)

Por fim, Jarymowicz também critica a categorização do livre mercado de ideias realizada por Post. Ele afirma que a rejeição do autor ao valor da busca pela verdade como fundamento da Primeira Emenda ocorre na medida que ele o reduz à criação de conhecimento controlado pela comunidade científica. Concebido dessa forma, Post consegue argumentar que a criação de conhecimento exigiria regras e normas de civilidade, e, portanto, não condiziria com a jurisprudência da Suprema Corte (JARYMOWICZ, 2011, p. 110).

3.5 A DEFESA DE UM CONCEITO PLURIVALORATIVO

Steven Shiffrin e Thomas Scanlon levantam dúvidas quanto à possibilidade de se colocar todos os valores relativos à liberdade de expressão sob um único rótulo ou valor

⁵³ Tradução do autor: “Poderíamos ver o mercado de idéias como o mais notável por sua baixa barreira de entrada e seu serviço como um símbolo cultural da necessidade de constante adaptação a condições em constante mudança. Nesta visão, os mercados são todos sobre ajuste dinâmico, não resolução de especialistas. Assim entendida, a ‘teoria’ do mercado de idéias pode ser que a liberdade de expressão seja mais valiosa por seus efeitos nas atitudes da população em geral em relação a fenômenos como mudança, desafio, desacordo e persistente falta de solução. Aprender a apreciar o fato de que a vida é mais instável e menos ordenada do que se poderia gostar é uma pré-condição para ajustes produtivos e inovadores.” (BLASI, 2011, p. 538)

preferencial. Suas visões, por vezes, fazem referência a temas já tratados, tais como o exercício da autonomia individual, a conexão entre a esfera pública e particular, além de questões metodológicas envolvendo o poder descritivo de uma teoria e sua capacidade normativa.

Scanlon aponta que, apesar de concordar com a abordagem empregada por Post, não consegue aceitar que o interesse em participar na formação da opinião pública seja capaz de englobar todos os interesses envolvidos, inclusive o de participar na construção da cultura compartilhada. Steven Shiffrin também não compreende ser capaz de reduzir os interesses envolvidos na liberdade de expressão à participação. Ele advoga, por outro lado, que se interprete a Primeira Emenda como uma defesa do direito de dissentir.

3.5.1 Os diversos interesses protegidos para Thomas Scanlon

Scanlon levanta dúvidas sobre quanta concordância se deve buscar quando se caracterizam os interesses que guiam o direito constitucional da liberdade de expressão. Para ele, é impossível resumir os interesses relacionado à Primeira Emenda sob apenas uma alcunha.

Como visto no primeiro capítulo, Scanlon defende que é necessária uma estrutura para discutir direitos. O autor aponta que é necessário descrever os interesses que levam à criação de um direito, para então se analisar se os meios empregados de protegê-los são adequados. Essa introdução de Scanlon é necessária para que ele faça uma defesa da abordagem de Post, afirmando que:

Divergences of these kinds in the constitutional specifications of the same moral rights means that insofar as we are attempting to determine what is or is not constitutionally protected in our legal system we need, as Professor Robert Post says, to refer to “our actual history”— that is, to the choices “we” have made to emphasize certain interests and adopt certain means for protecting them⁵⁴ (SCANLON, 2011, p. 543).

Scanlon não considera que isso signifique reduzir o argumento crítico à mera descrição sociológica, como afirma Baker. Para ele, sempre há espaço para argumentar se os

⁵⁴ Tradução do autor: “Divergências desse tipo nas especificações constitucionais dos mesmos direitos morais significam que, na medida em que estamos tentando determinar o que é ou não constitucionalmente protegido em nosso sistema legal, precisamos, como diz o professor Robert Post, referir-se a “nossa história real” — isto é, com as escolhas que “nós” fizemos para enfatizar certos interesses e adotar certos meios para protegê-los.” (SCANLON, 2011, p. 543).

meios escolhidos para proteger os interesses que a jurisprudência constitucional reconheceu explicitamente como orientadores de certo direito são de fato adequados a essa tarefa. E, na medida em que a Constituição é melhor entendida como dando reconhecimento legal a um direito, sempre há espaço para discussão se a interpretação desses interesses dada pela jurisprudência é passível de defesa ou, na realidade, muito estreita ou apertada (SCANLON, 2011, p. 543).

Portanto, Scanlon concorda com Post que para se compreender o que é protegido por um direito é necessário que se entenda os interesses que guiam o direito e justificam suas estratégias de proteção. Entretanto, o autor afirma categoricamente que duvida que esses interesses guias, incluindo os que atuam de forma central na jurisprudência da Primeira Emenda, podem ser incluídos em qualquer único rótulo. (SCANLON, 2011, p. 543).

Para o autor, existem, no mínimo, três interesses relativos à Primeira Emenda:

There are at least three such interests. There are our interests as participants in expression in having access to means of expression for a variety of purposes. These include political purposes: to criticize public officials, influence public policy and legislation, participate in electoral politics, and communicate with others who share our political values. But we also have reason to communicate with like-minded others regarding nonpolitical values having to do with art, religion, science, philosophy, sex, and other important aspects of personal life. We also have reason to express these values to others, who may not share them, in hopes of influencing them and thereby shaping the mores of our society, or just to bear witness to these values by giving them public expression. As potential audiences to expression by others, we have interests in having access to information and opinion on all the subjects I have listed, and as third parties we have an interest in having the benefits of a society in which our fellow citizens' participant and audience interests are fulfilled, a society with a healthy politics and a vibrant cultural life⁵⁵ (SCANLON, 2011, p. 544).

O autor duvida que o conceito de autogoverno democrático possa ser ampliado o suficiente para englobar todos os supracitados interesses, além de considerar inadequado qualquer entendimento dos interesses que guiam o direito à liberdade de expressão que deixe alguma dessas preocupações de lado (SCANLON, 2011, p. 544).

⁵⁵ Tradução do autor: “Existem pelo menos três desses interesses. Existem nossos interesses como participantes na expressão em ter acesso a meios de expressão para uma variedade de propósitos. Estes incluem propósitos políticos: criticar funcionários públicos, influenciar políticas públicas e legislação, participar de políticas eleitorais e se comunicar com outros que compartilham nossos valores políticos. Mas também temos motivos para nos comunicar com outros que pensam como os valores não-políticos que têm a ver com arte, religião, ciência, filosofia, sexo e outros aspectos importantes da vida pessoal. Também temos motivos para expressar esses valores a outros, que não podem compartilhá-los, na esperança de influenciá-los e, assim, moldar os costumes de nossa sociedade, ou apenas para testemunhar esses valores, dando-lhes expressão pública. Como potenciais públicos para a expressão de outros, temos interesse em ter acesso à informação e opinião sobre todos os assuntos que listei, e como terceiros, temos interesse em ter os benefícios de uma sociedade na qual o público e o público de nossos concidadãos interesses são cumpridos, uma sociedade com uma política saudável e uma vida cultural vibrante.” (SCANLON, 2011, p. 544).

Para Scanlon, é simplesmente improvável que o valor da participação proposta por Post e Weinstein consiga abarcar tanto o interesse na participação na política democrática (tanto dos falantes quanto dos eleitores), os interesses dos participantes na política informal que molda os costumes sociais (interpretando-se o conceito de autogoverno de forma ligeiramente distinta), e ainda o interesse individual de se estar em uma posição adequada para formar as próprias opiniões e decidir como viver a própria vida. (SCANLON, 2011, p. 544).

Com esses apontamentos, Scanlon percebe que o interesse em participar na formação da opinião pública é “broader than our proper concern to be authors of the laws to which we are subject, since it includes an interest in participating in the shaping of our shared culture (SCANLON, 2011, p. 544).

Mais que isso, Scanlon acredita que o fato da impossibilidade de colocar todos esses interesses dentro do conceito de autogoverno democrático é sintoma de algo maior: é um erro procurar por apenas uma frase para sumarizar todos esses interesses. É uma questão, na realidade, de identificar os interesses que estão em disputa e considerar se a forma proposta de poder regulativo é uma ameaça a tais interesses. Isso, por si só, é um algo mais trabalhoso do que achar uma categoria que separa interesses merecedores do escrutínio da Primeira Emenda. Afinal, é um trabalho que envolve tanto julgamentos de valor sobre a importância de diversos interesses em risco e também julgamentos empíricos se a proposta regulatória ameaça ou protege tais interesses (SCANLON, 2011, p. 545).

Nessa argumentação, Scanlon relembra Williams, quando esta diz que é necessário e benéfico avaliar os interesses em disputa. A análise de Scanlon difere da proposta por Post no sentido de que promove uma análise quantitativa, não apenas qualitativa. Não se trata de saber se o interesse em questão é o do autogoverno democrático, e, portanto, merecedor de proteção, mas em qual medida conflitam os interesses em questão. E, ainda, a menção ao empírico sugere que Scanlon, ao contrário de Post, tem preocupação pragmática com as consequências das tomadas de decisão regulatórias.

Nessa linha, focando no interesse em moldar a cultura comum, Scanlon explica que a interpretação natural da ideia de autogoverno democrático é que o autogoverno em questão é realizado por meio das instituições políticas democráticas. Entretanto, para o autor, essa seria uma visão demasiadamente estreita. Lembrando o argumento de Baker e Seana Shiffrin na esfera da autonomia, Scanlon traz como a hipótese de uma legislação estadual que banisse o filme *Brokeback Mountain* porque este apresenta a homossexualidade numa luz positiva. Para o autor, a legislação violaria a Primeira Emenda não somente “because gay rights and

marriage are possible matters of legislation or constitutional change”, mas também porque o interesse que o direito da liberdade de expressão procura proteger incluem ainda o interesse em participar no processo de determinar como os costumes sociais informais irão evoluir e o interesse próprio do indivíduo em decidir por si mesmo como conduzir sua vida privada (SCANLON, 2011, p. 545).

Dessa forma, o que Scanlon aponta é que o interesse na proteção da arte não se resume a possibilidade do cidadão ter controle sobre seu governo, como argumentaria Post, mas sobre o direito do cidadão de influenciar a cultura de sua sociedade e decidir, por si só, como levar sua vida particular. A crítica é que não se pode alargar o conceito de autogoverno democrático para abarcar esses interesses, sem tornar o conceito por si só sem significado.

3.5.2 A proteção ao dissenso de Steven Shiffrin

Steven Shiffrin⁵⁶ também argumenta que valores demais interagem, de forma complicada demais, para que seja esperado que um só valor (ou até mesmo um pequeno conjunto de valores) seja capaz de emergir como um valor mestre transcendental apto a resolver questões relacionadas a liberdade de expressão.

Portanto, ele acredita que uma abordagem eclética é simultaneamente a melhor pelo aspecto descritivo, assim como a melhor perspectiva normativa para abordar temas relativos a liberdade de expressão. Seu argumento, em síntese, é que uma abordagem centrada politicamente é demasiadamente limitada, sendo que se for necessário encontrar um centro para a Primeira Emenda, este seria a proteção e promoção do dissenso (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 559).

O autor lista alguns dos valores relativos à liberdade de expressão:

Freedom of speech should be valued for many reasons—not only liberty, self-realization, freedom, and autonomy but also truth, combating injustice, adaptation to change, democracy, equality, association, freedom of thought, and even order. At the same time, the exercise of free speech can interfere with order, reputation,

⁵⁶ Sobre Steven Shiffrin, Baker escreve: “He is clearly one of the country's three or four top First Amendment scholars, each of whom has different strengths. Still, I consider Steve the best in terms of possibly the most important criterion: being right about what really matters. On that ground, his achievement is truly worthy of honor.” (BAKER, 2007, p. 50). Tradução do autor: “Ele é claramente um dos três ou quatro principais estudiosos da Primeira Emenda do país, cada um com diferentes pontos fortes. Ainda assim, considero Steve o melhor nos termos do critério possivelmente mais importante: estar certo sobre o que realmente importa. Nesse terreno, sua conquista é realmente digna de honra.”

privacy, decency, and intellectual property, among others⁵⁷ (SHIFFRIN, Steven, 2011, p. 559).

Para o autor, ao lidar com os conflitos de tais valores, a Suprema Corte tem por vezes criado regras (*rules*) e por vezes padrões (*standards*). Ainda sim, desafiando o intento descritivo de Post, Steven defende que nenhuma teoria dominou as complexas acomodações realizadas pela corte, sendo que ela não precisou uma teoria dominante para produzir clareza. Para o autor, o método da Corte produziu um sistema que fornece relativa clareza ao guiar sobre uma grande área da conduta humana. Seria, inclusive, surpreendente se “politicians wearing black robes, negotiating to forge compromises, produced doctrine that is supported by a lexically ordered theory.”⁵⁸ (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 560).

Em sua interpretação, Steven afirma que a abordagem teórica de Post e Weinstein possui três temas dominantes: participação política, esfera pública robusta e a importância do autogoverno. Apesar de para o autor a participação política pelo cidadão ser parte vital da teoria democrática e sua prática, assim como a esfera pública robusta, ele aponta que as duas não são coextensivas. Isso significa que a esfera pública contém expressões muito mais amplas do que as necessárias para a vida política. Muito da literatura, arte, música, ciência e discurso sobre religião, viagem e vida diária não são relevantes e não serão utilizados na vida política. E mesmo que fossem potencialmente relevantes a vida política, seria difícil afirmar que a razão verdadeira pela qual se protege literatura, ciência, ou expressões religiosas é porque ela assiste ou é uma instância de participação política (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 560-561).

Steven relembra que Weinstein concede que isso é um problema⁵⁹, apesar de Post não fazer o mesmo e apenas genericamente enfatizar o discurso público e não a participação política. A alternativa proposta por Steven sugere que a resposta para a justificação da generosa proteção da esfera pública está na concepção de John Dewey sobre cultura democrática, a qual prega que a democracia não está confinada a política ou participação política (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 561).

⁵⁷ Tradução do autor: “A liberdade de expressão deve ser valorizada por muitas razões - não apenas liberdade, auto-realização, independência e autonomia, mas também verdade, combate à injustiça, adaptação à mudança, democracia, igualdade, associação, liberdade de pensamento e até mesmo ordem. Ao mesmo tempo, o exercício da liberdade de expressão pode interferir na ordem, reputação, privacidade, decência e propriedade intelectual, entre outros.” (SHIFFRIN, Steven, 2011, p. 559).

⁵⁸ Tradução do autor: “políticos vestindo robes pretos, negociando para forjar compromissos, produzissem doutrina que é apoiada por uma teoria lexicalmente ordenada.” (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 560).

⁵⁹ Como observado no primeiro capítulo, Weinstein admite que uma das maiores dificuldades da *participatory theory* é explicar a proteção garantida à arte não-conceitual, tal como música clássica ou pinturas abstratas.

Além disso, Steven rejeita o terceiro tema da *participatory theory*, isto é, ele duvida dos termos nos quais Post e Weinstein descrevem o autogoverno democrático. Para o autor, não é desejável defender que o cidadão estadunidense engaja em autogoverno ou que é autor de suas próprias leis numa democracia representativa. Ele não duvida que o cidadão participe no processo que pode influenciar a criação legislativa, mas para Steven a ideia que cada um dos milhões de cidadãos é na realidade o autor das leis é uma “má ficção”. Em sua visão, representantes eleitos são autores da lei, e as leis que eles produzem são o produto da representação de alguns cidadãos mais do que outros. Ordinariamente, a lei representa mais os desejos daqueles com capacidade financeira para contribuir com a reeleição do representante, do que qualquer conceito que busque apresentar os desejos populares. Além disso, o autor afirma que não acredita que a legitimidade seja possível em uma sociedade de larga escala (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 562).

Para Steven, a Primeira Emenda deve ser interpretada como uma parte da Constituição designada para alcançar justiça e para empoderar aqueles que a combatem engajando no dissenso. Em sua visão, a sociedade é permeada por injustiças, as quais ocorrem independente do ambiente ser público ou privado, e o cidadão deve ser livre, em geral, para criticar hierarquias injustas. Dessa forma, Steven defende que nenhum sistema de democracia ou liberdade de expressão tem valor se ele não promove e protege o dissenso, entendido como a expressão que critica os existentes costumes, hábitos, instituições e autoridades. A forma correta de se defender o dissenso, porém, não consiste na análise de caso a caso sobre o que classifica ou não como dissenso: deve-se, na realidade, exercer julgamentos sobre categorias de expressão, reconhecendo o valor social do dissenso (SHIFFRIN S. 2011, p. 562-563).

É sua ênfase na importância de dissentir que clareia sua crítica à metáfora do autogoverno como exposta pela *participatory theory*. Isso porque, para Steven, para encorajar o cidadão a criticar as leis, deve-se também abster de encorajá-lo a acreditar que é o autor dessa lei. Conforme ele, se o conceito de autoria (*self-authorship*) é levado a sério, estimula-se uma cidadania aquiescente. No lugar, deve-se instigar a visão que as leis foram feitas para os cidadãos, não por eles (SHIFFRIN, Steven. 2011, p. 563).

4 EXERCENDO A LIBERDADE, EXPRESSÃO E DEMOCRACIA: ALGUMAS RESPOSTAS ÀS CRÍTICAS

Tanto Weinstein quanto Post não se propõem a engajar com todos os argumentos ou exemplos levantados, mas tão somente aqueles consideram que mais profundamente questionam seus posicionamentos ou revelam a necessidade de clarificações. Este capítulo se propõe a fazer o mesmo.

4.1 A IMPORTÂNCIA DO PODER EXPLICATÓRIO E A SUPERIORIDADE DA *PARTICIPATORY THEORY*

Post faz uma defesa de sua abordagem porquanto compreende a necessidade de se observar o comprometimento estadunidense com a Primeira Emenda e não apenas promover indagações normativas sem conexão com as noções já existentes e aceitas:

Because law typically acquires authority from the commitments and principles of those whom it seeks to govern, I have sought to identify this fundamental purpose by inquiring into our historical commitments and principles. This inquiry need not entail a passive “apologistic” approach, as Baker or Professor Susan Williams worry that it might, because as Professor Tim Scanlon suggests, the task of explicating our own moral commitments inevitably leaves ample room for critical intelligence. **But this inquiry does preclude orienting First Amendment doctrine on the basis of radical first principles, as if American constitutional law were merely a matter of what you or I might personally believe to be best. I had hoped to capture this inevitable tension by appropriating the notion of “reflective equilibrium”**⁶⁰ (POST, 2011b, p. 618, grifou-se).

Weinstein, por sua vez, antes de defender a adequação à jurisprudência da Suprema Corte que a *participatory theory* possui, reafirma suas razões para considerar a adequação como algo relevante. Para ele, o motivo depende do que se procura com uma teoria da liberdade de expressão. Como Weinstein explicitamente tem interesse em fazer sentido do que aparenta ser um conjunto de decisões aleatórias, a coerência de uma teoria é capaz de

⁶⁰ Tradução do autor: “Como a lei tipicamente adquire autoridade dos compromissos e princípios daqueles a quem procura governar, procurei identificar esse propósito fundamental investigando nossos compromissos e princípios históricos. Essa investigação não precisa implicar uma abordagem passiva de ‘apologismo’, como Baker ou a professora Susan Williams se preocupam, porque, como sugere o professor Tim Scanlon, a tarefa de explicar nossos próprios compromissos morais deixa inevitavelmente amplo espaço para a inteligência crítica. Mas essa investigação impede a orientação da doutrina da Primeira Emenda com base nos primeiros princípios radicais, como se a lei constitucional americana fosse apenas uma questão daquilo que você ou eu pessoalmente acreditamos ser o melhor. Eu esperava capturar essa tensão inevitável, apropriando-me da noção de ‘equilíbrio refletivo’” (Post, 2011b, p. 618, grifou-se).

aumentar a clareza, estabilidade e administrabilidade da jurisprudência. E, repetindo o que afirma Blasi, Weinstein relembra que um projeto explanatório pode estimular uma compreensão normativa possivelmente não alcançada quando se parte do zero (WEINSTEIN, 2011b, p. 634).

Também contrapondo Baker, Weinstein defende que isso não significa que seja necessário fazer apologia ao *status quo* nem o acerto legal de casos moralmente repugnantes. Pelo contrário, o autor defende que é justamente a visão pela perspectiva da *participatory theory* e sua relação com a legitimidade que confere um ponto de vista privilegiado para se criticar decisões errôneas (WEINSTEIN, 2011b, p. 634).

Como exemplo, ele traz o caso *Citizens United*⁶¹, uma vez que a *participatory theory* seria capaz de apontar os erros que a Corte tomou quando reconheceu direitos participatórios a corporações comerciais comuns. Por mais que se poderia discordar da referida decisão utilizando a perspectiva de outras teorias da liberdade de expressão, o que Weinstein argumenta é que caso se aceite que uma teoria com poder descritivo superior, aumenta-se sua utilidade enquanto ferramenta para criticar casos fora do padrão decisório (WEINSTEIN, 2011b, p. 634).

Isso não significa que Weinstein tenha problemas em concordar que o poder descritivo de uma teoria não é a única consideração para determinar qual delas é superior. Ele reitera que uma teoria moralmente repugnante ou simplesmente não atraente deve ser rejeitada como base da doutrina constitucional, independente de sua capacidade de explicar o padrão de decisões da Suprema Corte (WEINSTEIN, 2011b, p. 634-635).

O que Weinstein levanta é se, apesar de não ser a única consideração, ainda sim a adequação jurisprudencial não é um aspecto especialmente relevante a ser considerado:

But what if several contending theories are each normatively appealing? This is the case, I believe, with the values informing all leading free speech theories, particularly theories based in democracy or individual autonomy. If one such theory were demonstrably more normatively appealing than all the others, it should be acclaimed the best theory, even if another theory has superior doctrinal fit. But this raises a problem: unless there is common ground for judging the relative normative appeal of these contending theories, which will rarely be the case, then it will be fruitless to argue which among several normatively attractive theories is the most appealing. **So if doctrinal coherence and the pragmatic benefits that such coherence brings are to be given any significant weight, then among**

⁶¹ O caso, já referenciado neste trabalho, é tratado por Post pela perspectiva da *participatory theory* na obra *Citizens Divided* (2014).

normatively appealing theories the one with the better doctrinal fit should be judged the best overall theory⁶² (WEINSTEIN, 2011b, p. 634-635, grifou-se).

O trecho acima é de especial importância, visto que reconhece o apelo normativo que a teoria da autonomia individual possui. Mas, inexistindo critério para afirmar qual teoria é normativamente superior, uma que possua adequação à jurisprudência deve, para ele, ser considerada a melhor teoria geral. É por razão dessa visão sobre a importância da adequação de uma teoria que Weinstein passa grande parte de sua resposta argumentando pela capacidade da *participatory theory* de explicar o atual estado da jurisprudência estadunidense. Dessa forma, ele defende a consistência e completude da *participatory theory* em fornecer respostas, ainda oferecendo interpretações alternativas aos casos lançados que desafiam o poder descritivo de sua teoria.

Weinstein esclarece que não pretende explicar todos os detalhes da jurisprudência contemporânea da liberdade de expressão, mas delinear o padrão básico da jurisprudência, particularmente a distinção entre expressão rigorosamente protegida e expressão considerada regulável. Ele divide as críticas ao aspecto descritivo em três vertentes: a citação de casos que supostamente mostram pouca relação com interesses de participação; a identificação de casos que protegem rigorosamente expressão com pouca conexão com interesses participatórios; explicações alternativas para o padrão de decisões (WEINSTEIN, 2011b, p. 635).

Weinstein relembra que o tema da liberdade de expressão tem evoluído por cerca de um século nas mãos de gerações de magistrados, por vezes em aguda discordância entre si, não podendo se esperar que apenas um valor seja capaz de explicar todos os casos (WEINSTEIN, 2011b, p. 635-636). Ainda sim, ele afirma que nenhum dos casos apresentados pela crítica contradiz o comprometimento a participação democrática que ele defende:

The responses make a better case that there are types of speech that either have been, or surely would be, rigorously protected but which seem far afield from participatory democracy. But though the protection afforded this speech may be considerable, in most cases the protection is neither as rigorous nor as consistent as the protection afforded democratic participation. This lack of rigor and consistency

⁶² Tradução do autor: “Mas e se várias teorias concorrentes forem cada uma normativamente atraentes? Esse é o caso, acredito, dos valores que informam todas as principais teorias da liberdade de expressão, particularmente as teorias baseadas na democracia ou na autonomia individual. Se uma dessas teorias fosse demonstravelmente mais normativamente atraente do que todas as outras, ela deveria ser aclamada como a melhor teoria, mesmo se outra teoria tivesse um ajuste doutrinário superior. Mas isso levanta um problema: a menos que haja um terreno comum para julgar o apelo normativo relativo dessas teorias contendoras, o que raramente será o caso, então será infrutífero argumentar qual entre várias teorias normativamente atraentes é a mais atraente. Assim, se a coerência doutrinária e os benefícios práticos que tal coerência traz devem receber um peso significativo, então, entre as teorias normativamente atraentes, aquela com o melhor ajuste doutrinário deve ser julgada a melhor teoria geral.” (WEINSTEIN, 2011b, p. 634-635).

of protection suggest that this speech does not, as a descriptive matter, lie at the core of the First Amendment⁶³ (WEINSTEIN, 2011b, p. 636).

Desse modo, Weinstein defende a superioridade descritiva da *participatory theory* ao apontar para sua consistência e completude. Ele afirma que esta é consistente por ser a única que a jurisprudência não massivamente contradiz. Para o autor, tanto normas instrumentais designadas para assegurar a informação necessária para tomada de decisões coletivas, quanto a promoção da busca pela verdade em um mercado de idéias, são noções contrariadas por grandes partes da jurisprudência da Suprema Corte (WEINSTEIN, 2011b, p. 643).

Weinstein também considera que o foco excessivo em detalhes tem como risco obscurecer a imagem maior do estado da jurisprudência. Com a intenção de focar nessa imagem, Weinstein relembra como na Europa o direito a liberdade de expressão é visto de forma instrumental à democracia, não primariamente como um direito individual de participar no autogoverno democrático. Seria por isso que, à luz de outro interesses sociais conflitantes tal como o interesse de mostrar tolerância em relação a todos os segmentos da sociedade, expressões específicas, quando consideradas ofensivas, podem ser passíveis de punição. O contraste, para o autor, seria que nos Estados Unidos esse direito individual de participação é tão enraizado na cultura americana e jurisprudência que “every informed observer, as well as most members of the general public, would intuitively know that a speaker in this country has a right to express this view in this context” (WEINSTEIN, 2011b, p. 649)⁶⁴.

Quanto à completude, Weinstein admite que a jurisprudência da liberdade de expressão é complexa demais para ser explicada em termos de apenas uma norma singular, sendo que é necessário uma multiplicidade de valores subjacentes para descrever o campo inteiro. Mas isso, para o autor, não significa que todas essas múltiplas normas tenham o mesmo poder explanatório. Na realidade, existiriam níveis, indo de um valor nuclear que sozinho explica grande parte do padrão até valores periféricos que são necessários para se completar o cenário. Inclusive, Weinstein aponta que existiria considerável concordância entre os críticos que a democracia participativa captura uma preocupação central da Primeira

⁶³ Tradução do autor: “As respostas mostram que há tipos de expressão que foram, ou certamente seriam, rigorosamente protegidas, mas que parecem muito distantes da democracia participativa. Mas, embora a proteção oferecida a essa expressão possa ser considerável, na maioria dos casos a proteção não é tão rigorosa nem tão consistente quanto a proteção proporcionada pela participação democrática. Esta falta de rigor e consistência de proteção sugere que este discurso não está, como questão descritiva, no centro da Primeira Emenda.” (WEINSTEIN, 2011b, p. 636).

⁶⁴ Tradução do autor: “todo observador informado, assim como a maioria dos membros do public em geral, sabem intuitivamente que um falante neste país tem o direito de expressar essa visão nesse contexto.” (WEINSTEIN, 2011b, p. 649)

Emenda. A discordância central seria se um comprometimento com a democracia participativa é o único valor nuclear, como defende ele e Post, ou se, como defenderia Scanlon, é duvidoso que os valores que figuram centrais a jurisprudência da Primeira Emenda podem ser subordinados a um único rótulo (WEINSTEIN, 2011b, p. 650-651).

A *participatory theory* ainda também poderia ser considerada como o valor nuclear nos casos em que a Corte decide proteger a expressão nos termos de Meiklejohn, isso é, visando permitir que o cidadão esteja informado para tomar decisões coletivas. A proteção dessa categoria, entretanto, seria vista pela teoria participativa como apenas instrumental, em vez de constitutiva ao direito individual de participação. (WEINSTEIN, 2011b, p. 651).

Para Weinstein, a maioria dos exemplos restantes de expressões altamente protegidas poderiam ser explicados como a promoção de privacidade ou outros interesses de autonomia, os quais o autor entende como mais apropriadamente protegidos caso vistos como liberdades fundamentais sob o devido processo substantivo (WEINSTEIN, 2011b, p. 651).

Weinstein, lembrando do exemplo de conversas de emails trazido por Volokh, ou ainda a conversa entre membros de uma família descrita por Baker, afirma que essas questões envolvem também privacidade e interesses associativos. Para ele, qualquer tentativa de suprimi-las não apenas violaria o direito à liberdade de expressão disposto pela Primeira Emenda, mas também direitos de privacidade e associação protegidos pelas Cláusulas do Devido Processo da Quinta e Décima Quarta Emendas:

When it comes to speech that implicates core privacy or associational interests, such as intrafamilial speech or conversations among friends having little or no connection with the formation of public opinion, there is an even stronger argument for protecting this expression as a fundamental liberty interest under the Due Process Clauses rather than as free speech under the First Amendment. In observing that this activity is more properly protected as a fundamental liberty interest than as free speech, I am not so much concerned with which constitutional provision is actually employed to protect this expression as I am in demonstrating that such protection does not serve any obvious free speech value⁶⁵ (WEINSTEIN, 2011b, p. 655-656).

Como um crítico da teoria da liberdade de expressão baseada na autonomia, Weinstein argumenta que mesmo caso a Primeira Emenda seja formalmente invocada para

⁶⁵ Tradução do autor: “Quando se trata de expressão que implica privacidade central ou interesses associativos, tais como fala intrafamiliar ou conversas entre amigos que têm pouca ou nenhuma conexão com a formação da opinião pública, há um argumento ainda mais forte para proteger essa expressão como um interesse de liberdade fundamental sob o Cláusulas do devido processo e não como liberdade de expressão sob a Primeira Emenda. Ao observar que essa atividade é mais adequadamente protegida como um interesse de liberdade fundamental do que como liberdade de expressão, não me preocupo tanto com qual provisão constitucional é realmente empregada para proteger essa expressão quanto como estou demonstrando que tal proteção não serve a qualquer óbvio valor da liberdade de expressão.” (WEINSTEIN, 2011b, p. 655-656).

proteger o direito à expressão íntima sem relação com a formação da opinião pública, trata-se de um compromisso com a liberdade constitucional, em vez do interesse central da liberdade de expressão, que está sendo reivindicado (WEINSTEIN, 2011b, p. 656-657).

Por conseguinte, tendo-se em conta as questões de privacidade envolvidas nessas comunicações, Weinstein afirma que o discurso privado em assuntos de interesse público poderia ser explicado como um interesse de liberdade fundamental protegido pelo devido processo substantivo. Seria, na realidade, analiticamente mais preciso e melhor para a coerência doutrinária proteger esses interesses como parte da liberdade especialmente garantida pelo devido processo (WEINSTEIN, 2011b, p. 658).

Alternativamente, Weinstein sugere que se pode entender a proteção garantida ao discurso privado em questões de interesse público como parte do direito central da participação democrática, já que o discurso público é entendido por ele como discurso democrático, e não apenas expressões em ambientes públicos. Por fim, sugerindo ainda outra opção, Weinstein argumenta que se poderia ver tais expressões como instrumentais à formação da opinião pública, sendo esse um interesse secundário da Primeira Emenda e subordinado à participação (WEINSTEIN, 2011b, p. 658).

Dessa forma, Weinstein reafirma que sua teoria apresenta uma adequação superior à doutrina existente e, portanto, qualifica-a de maneira única para essa posição entre todas as outras teorias normativamente atraentes. Ainda, ele também duvida que exista uma norma baseada na autonomia que consiga tal consenso e seja suficientemente robusta para fornecer proteção forte da expressão, sendo isso demonstrado por uma profunda discordância sobre medidas que violam a autonomia, como por exemplo leis de obscenidade e proibições à publicidade de cigarros (WEINSTEIN, 2011b, p. 668-669).

4.2 A CATEGORIA DE DISCURSO PÚBLICO PARA WEINSTEIN

Além do encaixe com a jurisprudência, Weinstein também defende que um comprometimento estreito e procedimental com a participação livre e igualitária no processo democrático é uma norma especialmente atraente como valor central para o direito à liberdade de expressão já que tal compromisso seria, em sua visão, praticamente incontestável na sociedade americana contemporânea (WEINSTEIN, 2011b, p. 667-668).

O autor passa então a responder à crítica de Blasi, que argumenta que a participação não é a preocupação dominante quando comparada aos outros papéis da opinião pública, tais como assegurar que os objetivos dos agentes públicos estejam em consonância com os

objetivos do cidadão comum, ou ainda no sentido de verificar abusos por parte de autoridades políticas (WEINSTEIN, 2011b, p. 668).

A resposta de Weinstein consiste em afirmar não ser incomum existir disparidades entre o que as pessoas se importam em suas vidas cotidianas e o que elas concordam que é direito fundamental dos cidadãos. Como exemplo, ele afirma que, por mais que Blasi possa estar certo quanto às baixas taxas de comparecimento eleitoral mostrarem que as pessoas não priorizam a participação, o cidadão estadunidense ficaria indignado caso fosse formalmente excluído do direito de voto por falta de propriedade ou renda insuficiente. (WEINSTEIN, 2011b, p. 668).

Da mesma forma, Weinstein argumenta que apenas porque muitos americanos não valorizam suas oportunidades de participar pessoalmente do discurso público, isso não significa a descrença que eles e seus concidadãos tenham o direito de levantar suas vozes em protesto contra políticas públicas ou sobre questões sociais contenciosas. Isso é, mesmo que a maioria dos cidadãos nunca pretenda exercer o direito de protesto, haveria indignação caso se tentasse extingui-los, demonstrando-se assim o consenso sobre sua importância (WEINSTEIN, 2011b, p. 668).

Após defender a importância da participação democrática na sociedade estadunidense, Weinstein passa à crítica específica do rótulo de “discurso público” para apontar quais expressões devem ser incluídas ou excluídas do campo rígido de proteção. Para tanto, serve relembrar sua definição do conceito de expressões relativas ao discurso público: “expression on matters of public concern, or largely irrespective of its subject matter, speech in settings dedicated or essential to democratic self-governance.”⁶⁶ (WEINSTEIN, 2011a, p. 637).

O primeiro desafio a sua definição é o proposto por Volokh, que aponta que expressões que violam leis de direito autoral qualificam-se, conforme a descrição acima, como discurso público. Como resposta, Weinstein explica que a Suprema Corte, no processo de definir cada vez mais precisamente as limitações da expressão rigidamente protegida, passou a utilizar o termo “discurso público” como sinônimo para as expressões essenciais ao autogoverno democrático mas que não indevidamente prejudicam interesses governamentais importantes ou interesses particulares (WEINSTEIN, 2011b, p. 637-638).

Seu argumento defende que, apesar de se tratar de uma questão de interesse público, certas categorias estreitas de expressão tem sua proteção pela Primeira Emenda negada

⁶⁶ Tradução do autor: “expressão em assuntos de interesse público, ou amplamente independente de seu assunto, discurso em ambientes dedicados ou essenciais à autogovernança democrática.” (WEINSTEIN, 2011a, p. 637).

porque não são consideradas essenciais ao autogoverno democrático (ou a qualquer outro valor que possa sustentar o direito à liberdade de expressão), ao mesmo tempo que também são destrutivos a algum interesse governamental ou particular (WEINSTEIN, 2011b, p. 637-638).

Em relação ao exemplo específico das leis de direito autoral, Weinstein traz o caso *Eldred v. Ashcroft* para apontar como a Corte decidiu que a proteção autoral era intencionada a proteger valores da Primeira Emenda ao criar um incentivo econômico para criar e disseminar ideias. Na visão da Corte, seria difícil imaginar como a proibição do uso público das expressões de outras pessoas seria um impedimento ao interesse individual na participação política (WEINSTEIN, 2011b, p. 639-640).

Mas se Volokh critica o conceito de discurso público por sua demasiada amplitude, tentando demonstrar sua incapacidade de explicar a jurisprudência, mostrou-se no capítulo passado críticas em relação a uma possível estreiteza normativa, a qual levaria o termo a não abarcar expressões cuja proteção é imperativa, como a conversa particular entre membros de uma família.

Em resposta a essa crítica, realizada por Baker e Seana Shiffrin, Weinstein se propõe a redefinir o termo para deixá-lo mais claro. O autor concede que os limites do domínio do discurso público sempre continuarão embaçados perto das bordas, mas reafirma que sua pretensão não é elaborar um método perfeito em determinar qual tipo de discurso que é merecedor de proteção rigorosa (WEINSTEIN, 2011b, p. 642). Ainda sim, ele sugere uma mudança do termo:

Nevertheless, because semantics could affect substance in this area of the law, it might be better to use the term “democratic discourse” to describe all speech protected because of its importance to democratic self-governance, a term that would embrace both public discourse and private speech such as Baker describes⁶⁷ (WEINSTEIN, 2011b, p. 643).

A utilização do termo serve para explicar que como a *participatory theory* se preocupa com uma categoria específica de expressão que independe de seu caráter público. O que será visto no próximo tópico é como Post responde a esses mesmos questionamentos.

⁶⁷ Tradução do autor: “Ainda sim, como a semântica poderia afetar a substância nesta área da lei, pode ser melhor usar o termo ‘discurso democrático’ para descrever toda a expressão protegida por sua importância para a autogovernança democrática, um termo que abrangeria tanto o discurso público quanto expressões privadas como as descritas por Baker.” (WEINSTEIN, 2011b, p. 643).

4.3 OS LIMITES DA ESFERA PÚBLICA: A RELAÇÃO ENTRE AUTONOMIA E COMUNIDADE

Para abordar o tema da relação entre discurso público e expressão protegida, Post inicia falando da proteção à arte. Para o autor, ela seria um caso paradigmático. Fazendo referência ao exemplo de Scanlon sobre *Brokeback Mountain*, Post escreve que seu argumento para a defesa da liberdade de anunciar o filme não seria porque a comunidade LGBT busca proteção legal e, portanto, a obra teria relação política. Sua defesa, na realidade, é que arte merece proteção constitucional por sua conexão à formação da opinião pública numa democracia (POST, 2011b, p. 620).

Isso porque, como visto no primeiro capítulo, Post considera a democracia estadunidense como o governo pela opinião pública. Nesse sentido, a tarefa da Primeira Emenda seria garantir a integridade do processo pela qual a opinião pública passa a ser legislação. E, para Post, sendo a opinião pública formada na esfera pública, *Brokeback Mountain* deve ser protegido como discurso público na medida em que é constitutivo dessa opinião. Para tanto, o autor afirma que a obra não precisa se preocupar com potenciais decisões políticas, mas apenas contribuir para o que as pessoas pensam quando elas se comunicam umas com as outras em público, que é o que ele se refere com o termo opinião pública (POST, 2011b, p. 620-621).

O autor faz referência a Habermas para explicar que, em sua visão, a soberania faz-se sentida no poder do discurso público, o qual se origina em esferas públicas autônomas para só então tomar forma nas decisões das instituições democráticas. Nessa perspectiva, a opinião pública é uma categoria muito mais ampla do que comunicações sobre potenciais decisões governamentais: ela se refere ao que a sociedade acredita e pensa. Portanto, Post escreve que todas as formas de comunicação socialmente reconhecidas como arte formam parte do processo pelo qual a sociedade indaga o que acredita e pensa, merecendo proteção por uma teoria da Primeira Emenda que tem como ênfase a participação democrática (POST, 2011b, p. 621).

Cabe recorrer a textos mais antigos de Post para explicitar como ele interpreta o conceito de público. Para o autor, o discurso público é constituído pela capacidade das pessoas falarem umas com as outras através das fronteiras de culturas divergentes. Nessa perspectiva, a função social da doutrina da primeira emenda (reformulada durante os anos 1930 e 1940) torna-se bastante clara: é estabelecer um espaço protegido dentro do qual essa comunicação possa ocorrer (POST, 1990, p. 634).

Para o autor, o objetivo da doutrina da Primeira Emenda é proteger um espaço para esse processo de interação crítica, com base em um profundo respeito pelas diferenças agudas características da vida americana. Assim, cria-se um espaço dentro do qual pode ocorrer um debate desinibido, robusto e aberto sobre questões públicas, o qual emerge quando se nega às tradições culturais dominantes o acesso à força da lei. Sem silenciar o choque de perspectivas divergentes, a doutrina constitucional contemporânea possibilita que a opinião pública e a política democrática sejam formadas (POST, 1990, p. 637-638).

Como essa discussão pública deve facilitar a comunicação entre pessoas de tradições e culturas amplamente variadas, os participantes do debate público devem ser tolerantes: eles não podem silenciar a fala por razão de suposições preexistentes sobre o que é razoável ou apropriado, pois tais suposições prejudicariam o resultado e a condução do debate (POST, 1990, p. 638).⁶⁸

Portanto, a definição do discurso público para Post não se resume ao que tem capacidade de levar a implicações políticas. Trata-se de algo mais amplo, sobre o que as pessoas pensam e conversam sobre a sociedade. Isso, é claro, leva a um argumento o qual Post não ignora. Este é o fato de que todas as comunicações influenciam de alguma forma o conteúdo da opinião pública, incluindo não apenas arte, mas também conversas particulares. Logo, caso o único critério para incluir um ato comunicativo dentro do discurso público fosse sua potencialidade em afetar o conteúdo da opinião pública, a categoria de discurso público perderia sua utilidade por sua demasiada abrangência (POST, 2011b, p. 622).

Os contornos do discurso público para o autor, como já mencionado, são uma questão normativa. Para Post, isso significa que os limites do discurso público definem as prioridades dos valores nacionais, marcando o ponto nos quais os comprometimentos se alteram de um conjunto de objetivos a outros. Ao localizar esses limites, a Constituição facilita as condições sociais que refletem a hierarquia dos valores e, dessa forma, exercita a capacidade humana de auto-constituição. Post relembra que como esses valores não surgem do abstrato, mas da apreensão da bagagem cultural, esse processo de auto-constituição

⁶⁸ Post escreve tais ideias no contexto da sociedade estadunidense. Para uma análise da relação entre autonomia e democracia deliberativa no contexto europeu recomenda-se o trabalho de Rostbøll (2011), o qual escreve que: “legally enforced respect will also tend to freeze a certain understanding of respect into law, and this conception of respect will most likely not be a universally shared conception but instead ‘express the mores of dominant groups’”. Tradução do autor: “respeito exigido legalmente tende a congelar certos entendimentos de respeito em lei, e essa concepção de respeito provavelmente não será uma concepção compartilhada universalmente, mas uma ‘expressão dos grupos dominantes.’”

também é um processo de auto-descobrimento. Ou seja, essas possibilidades de constituição possuem ligação a como já se é constituído pela história (POST, 1990, p. 680).

É dessa forma que Post interpreta o trabalho das cortes:

Courts manifest their respect for this distinctive history when they attempt to fix the boundaries of the domain of public discourse by reference to the social norms that create for us the "genre" of public discourse. These norms form part of our cultural inheritance; they determine when we instinctively perceive speech as "public"⁶⁹ (WEINSTEIN, 2011b, p. 643).

Para o autor, essa divisão normativa dos limites do discurso público reflete julgamentos categorizados em dois tipos distintos de considerações. A primeira trata de classificação de funções sociais, enquanto a segunda se preocupa com os pré requisitos funcionais para a solidariedade social (POST, 2011b, p. 622).

Como visto no primeiro capítulo, Post acredita que diferentes expressões possuem funções sociais distintas, dependendo sempre da análise contextual. O discurso comercial, por exemplo, por mais que influencie o conteúdo do discurso público, possui um papel social distinto daquele que objetiva precisamente influenciar o conteúdo da opinião pública. Da mesma forma, outras funções sociais podem ser vistas em outras categorias de expressões, tal como um médico dando conselho a um paciente, um advogado falando na corte ou um professor ministrando uma aula. Dessa forma, conceder à expressão as proteções do discurso público significa dar-lhe proteção que são atribuídas a uma função específica, uma que objetiva influenciar a opinião pública (POST, 2011b, p. 622).

Dessa forma, há definições normativas dessa função que determinam o julgamento sobre os limites do discurso público. Post concede que não há uma clareza rígida sobre esses julgamentos, mas ele defende que é antropologicamente aparente que eles existem e que são refletidos na doutrina constitucional. Isso não significa que não existirão casos limítrofes. Como exemplo, ele traz uma conversa familiar sobre política presidencial, perguntando-se se ela deveria ser protegida como discurso público. Mas, para o autor, o máximo que a teoria constitucional é capaz de fazer é iluminar as apostas que são levantadas em escolher uma ou outra caracterização constitucional de uma expressão particular (POST, 2011b, p. 623).

Há, ainda, um segundo tipo de julgamento que está subjacente a como as cortes decidem os limites do discurso público, o qual trata sobre os requisitos para a solidariedade

⁶⁹ Tradução: "Os tribunais manifestam seu respeito por essa distintiva história quando intentam fixar os limites do domínio do discurso público por referência às normas sociais que criam para nós o 'gênero' do discurso público. Essas normas fazem parte de nossa herança cultural; eles determinam quando nós instintivamente percebemos a fala como 'pública'" (POST, 1990, p. 680).

social. Nesse ponto, Post entra mais profundamente na relação entre comunidade e democracia.

Para o autor, Williams está correta quando aponta que as pessoas são, ao mesmo tempo, interdependentes e autônomas. Mas o que Post traz, assim como Weinstein, é que é diferente o atributo que a pessoa efetivamente possui e os atributos que a lei pode ou deve a elas atribuir. Para o autor, como o objetivo normativo do discurso público é o exercício da autonomia coletiva, a lei atribuirá autonomia para pessoas que estão categorizadas como falando dentro do discurso público. Ela faz isso para proteger a capacidade das pessoas coletivamente (e de forma autônoma) determinarem seu próprio destino (POST, 2011b, p. 623).

Portanto, se pessoas estão fora do discurso público, a lei assumirá que a dignidade delas depende da observância das regras básicas de civilidade. Assume-se que elas são interdependentes e mantem-se a ordem social da comunidade, na qual pessoas são conectadas umas as outras por meio de socialização e normas sociais mútuas (POST, 2011b, p. 623-624). Para esclarecer sua visão, cabe trazer a definição de Post de comunidade. Para ele, ela é uma formação social que “inculcates norms into the very identities of its members. So far from being considered autonomous, persons within a community are understood to depend, for the very integrity and dignity of their personalities, upon the observance of these norms.”⁷⁰ (POST, 1991, p. 286).

Ainda sim, há uma tensão na relação entre comunidade e democracia. Como visto, Post considera que o discurso público dentro de uma democracia é concebido como o meio comunicativo pelo qual indivíduos escolhem as formas da vida em comum. Mas enquanto a democracia procura abrir o espaço do discurso público para auto-constituição coletiva, a comunidade procura limitar esse espaço por meio de regras de civilidade. Apesar dessa inevitável negociação entre democracia e comunidade, Post relembra que a jurisprudência da Primeira Emenda, desde 1940, geralmente tem servido ao propósito da democracia na medida em que suspende as regras de civilidade (POST, 1991, p. 286).

Mas além da tensão, há também uma relação complexa e recíproca entre democracia e comunidade. A democracia necessariamente pressupõe alguma forma de instituição social, na qual as identidades concretas dos cidadãos democráticos autônomos pode ser definida e representada. Exemplos paradigmáticos dessas instituições de comunidade são a família e a

⁷⁰ Tradução do autor: “inculca normas nas próprias identidades de seus membros. Longe de serem consideradas autônomas, entende-se que as pessoas de uma comunidade dependem, para a própria integridade e dignidade de suas personalidades, da observância dessas normas.” (POST, 1991, p. 286)

escola. Nesses contextos, a identidade da criança é criada inicialmente de forma não democrática, por meio da internalização das possibilidades de sanções (POST, 1991, p. 287).

Para Post, essa comunidade é mais fundamental que a democracia por três motivos. O primeiro é que as pessoas podem exercer sua autonomia apenas após elas terem se tornado pessoas totalmente envolvidas, sendo que isso só pode ser feito após elas terem internalizado normas sociais por várias formas de socialização. Em segundo lugar, democracia refere-se ao valor coletivo do autogoverno, e esse valor, por si só, é uma norma social. Para Post, o valor da democracia não depende meramente da escolha e consentimento, mas da socialização contínua dela nas personalidades do cidadão, razão pela qual a educação democrática seria essencial para a manutenção da democracia (POST, 2011b, p. 624).

Em terceiro lugar, a democracia permite que as pessoas acreditem que o Estado é potencialmente responsivo as suas visões porque as decisões são subordinadas à opinião pública que não é conceitualizada meramente como o resultado estatístico de um voto. A opinião pública, para Post, não pode criar uma democracia legítima se for apenas a voz mais alta ou violenta. Ele repete que a participação no discurso público é o que permite as pessoas sentirem que o Estado é potencialmente responsivo, porque se acredita que a opinião pública é ao menos parcialmente formada por meio de debate e argumentação. Ao mesmo tempo, a opinião pública pode servir a causa da legitimidade democrática apenas se ela é ao menos parcialmente formada obedecendo às regras de civilidade que constituem o debate (POST, 2011b, p. 624).

Sendo o propósito do discurso público alcançar alguma forma de reconciliação por meio da razão pública, uma dificuldade aparece por ser a identidade dos cidadãos democráticos formadas por referências às normas de comunidade. Isso porque expressão que viole essas regras de civilidade será caracteristicamente vista como irracional e coerciva. Esse é o que Post chama de paradoxo do discurso público: a Primeira Emenda, em nome da democracia, suspende a aplicação legal das mesmas regras de civilidade que fazem a deliberação racional possível (p. 287, POST, 1991). Ou, nas palavras do autor: “In the name of autonomy, the First Amendment suspends legal enforcement in public discourse of the very civility rules that allow public opinion to confer democratic legitimacy.”⁷¹(POST, 2011b, p. 624).

⁷¹ Tradução do autor: “Em nome da autonomia, a Primeira Emenda suspende a aplicação legal no discurso público das próprias regras de civilidade que permitem à opinião pública conferir legitimidade democrática.” (POST, 2011b, p. 624)

A análise acima da relação entre comunidade e democracia demonstra uma interdependência. É por isso que Post avisa que sua visão implica que o exercício da autonomia dentro do discurso público precisa sempre estar ao redor de um “larger sea of nonpublic discourse”⁷², no qual valores comunitários essenciais de civilidade e dignidade são nutridos e apoiados. Ao mesmo tempo, conclui-se que, se toda expressão que potencialmente influencia a opinião pública fosse categorizada constitucionalmente como discurso público, a sociedade em si seria proibida de reforçar esses valores comunitários essenciais. A consequência seria que a própria democracia sofreria, uma vez que pressupõe comunidade (POST, 2011b, p. 624-625).

Para ele, o problema real da doutrina contemporânea “[...] is not that it fails to attain some overarching reconciliation among these competing considerations, for it is doubtful that such a reconciliation can be theoretically achieved, but rather that it fails to articulate with sufficient clarity what is actually at stake in the definition of public discourse”⁷³ (POST, 1990, p. 683).

Para o autor, precisa-se estabelecer um domínio do discurso público que seja amplo suficiente para as necessidades do autogoverno democrático e, simultaneamente, razoavelmente sensível aos outros compromissos valorativos da ordem social pré-existente que define o gênero do discurso público. Além disso, precisa-se atentar às consequências implícitas ao paradoxo do discurso público, isso é, o fato de que o discurso público, apesar de não poder ser coibido por regras de civilidade, depende da observância voluntária delas para gerar opinião pública apta a incutir o sentimento de legitimidade democrática (POST, 1990, p. 683).

Conforme Post, a formulação de doutrina deve auxiliar as cortes na avaliação dessas considerações, ao contrário de escondê-las por meio de testes ou frases prontas. Até mesmo porque, implícita à análise do autor, está o fato de que os limites do discurso público não podem ser determinados de forma neutra (POST, 1990, p. 683):

From the perspective of the logic of democratic self-governance, any restriction of the domain of public discourse must necessarily constitute a forcible truncation of possible lines of democratic development. **Because this truncation must ultimately be determined by reference to community values, the boundaries of a discourse defined by its liberation from ideological conformity will themselves**

⁷² Tradução do autor: “Mar maior de discurso não público” (POST, 2011b, p. 624).

⁷³ Tradução do autor: “[...] não é que falhe em alguma reconciliação abrangente entre essas considerações concorrentes, pois é duvidoso que tal reconciliação possa ser teoricamente alcançada, mas sim que ela não articula com suficiente clareza o que está realmente em jogo na definição do discurso público.” (POST, 1990, p. 683).

be defined by reference to ideological presuppositions. This kind of ideological regulation of speech is deeply distasteful, and it is best that it remain so. Democratic self-governance could easily be eviscerated if such regulation became the rule rather than the exception. The ultimate fact of ideological regulation, however, cannot be blinked. **In the end, therefore, there can be no final account of the boundaries of the domain of public discourse. We can and do have firm convictions about the core of that domain, but its periphery will remain both ideological and vague, subject to an endless negotiation between democracy and community life**⁷⁴ (POST, 1990, p. 683-684, grifou-se)

É com essas considerações que Post trata da pergunta de Baker, a qual indaga se esses valores comunitários (e, portanto, as regras de civilidade) precisam ser reforçados pela lei fora do discurso público. Para Post, a resposta é afirmativa, e ele nota que não conhece uma sociedade que não atribua proteção legal aos valores de dignidade e civilidade. Além disso, a imunidade concedida pela Primeira Emenda àqueles que buscam influenciar o discurso público é excepcional, sob o risco de abalar as estruturas sociais da comunidade que sustenta a democracia (POST, 2011b, p. 625-626).

É por isso que Post considera a teoria da autonomia como um relato implausível da Primeira Emenda, uma vez que ela imaginaria o falante particular engajado em discurso particular como o caso paradigmático da liberdade tratada pela Primeira Emenda. Mas, para Post, na maioria dos sistemas legais a regulação de tal expressão é indispensável para a manutenção dos valores de civilidade e dignidade. Para ele, a teoria da autonomia compreende as coisas ao contrário, concebendo a liberdade de expressão como regra e não exceção (POST, 2011b, p. 625-626).

Nesse sentido, ele argumenta que, na maioria dos sistemas legais, a lei é relutante em liberar os falantes da obrigação de conformarem-se aos valores comunitários. Isso porque ela compreende o quão difíceis são as dificuldades inerentemente impostas aos cidadãos que entram no discurso público, onde eles não possuem proteção legal de sua dignidade e privacidade, além de não poderem levantar pretensões de serem tratados com respeito e cuidado. Logo, a teoria de Post concebe que a exceção é a Primeira Emenda, que perturbações a esses equilíbrio ocorrem apenas em algumas situações, largamente para proteger o papel

⁷⁴ Tradução do autor: “Do ponto de vista da lógica da autogovernança democrática, qualquer restrição do domínio do discurso público deve necessariamente constituir um truncamento forçado de possíveis linhas de desenvolvimento democrático. Como esse truncamento deve ser determinado por referência a valores comunitários, os limites de um discurso definido por sua liberação da conformidade ideológica serão definidos por referência a pressupostos ideológicos. Esse tipo de regulação ideológica da expressão é profundamente desagradável, e é melhor que continue assim. O autogoverno democrático poderia facilmente ser eviscerado se tal regulamentação se tornasse a regra e não a exceção. O fato último da regulação ideológica, no entanto, não pode ser desprezado. No final, portanto, não pode haver um relato final dos limites do domínio do discurso público. Podemos e temos convicções firmes sobre o núcleo desse domínio, mas sua periferia permanecerá tanto ideológica quanto vaga, sujeita a uma interminável negociação entre democracia e vida comunitária.” (POST, 1990, p. 683-684).

político associado com a formação livre da opinião pública dentro de uma democracia (POST, 2011b, p. 625-626).

É com essa perspectiva que Post nega a teoria da autonomia. Analisando as críticas de Seana Shiffrin, o autor escreve:

I agree with Shiffrin that interpretive charity must be spread lavishly and equally, but at root I find myself unable to concede what autonomy theory would seem to require: the thought that in our society freedom of speech is the rule rather than the exception. The vast majority of communications in society today are regulated without constitutional interference; they are outside the scope of the First Amendment. It therefore seems to me that the essential task of First Amendment is to explain why constitutional immunity is extended only to some forms of communication. Because autonomy theory postulates a value that any speaker can almost always plausibly claim to be fulfilling, autonomy does not seem to me to be a principle that can be usefully employed for this task⁷⁵ (POST, 2011b, p. 626, grifou-se).

Post também responde ao argumento feito por Baker e Seana Shiffrin, que perguntam como pode uma Primeira Emenda defender o valor da democracia sem também servir ao valor da autonomia. Para Post, apesar de ser verdadeiro que a autodeterminação coletiva sirva a valores relacionados ao princípio da autonomia individual, também se sabe que ela serve valores independente desse princípio. Para ele, a democracia cria formas de solidariedade social que não podem ser reduzidas à autonomia individual. Mais do que isso, Post escreve que mesmo caso se reconheça que a democracia dependa do valor da autonomia, ele ainda defende que a doutrina constitucional da Primeira Emenda deve ser organizada ao redor do valor do autogoverno democrático. O motivo é o mesmo já exposto em outros momentos: as inúmeras possibilidades de disputa que conflitos de autonomia geram (POST, 2011b, p. 627).

Para Post, a autonomia individual sempre está em tensão com as razões que o Estado tem para regular a vida social. E, apesar de legisladores terem a autoridade para mediar esse inevitável conflito, isso não significa que eles devam ter autoridade para mediar os conflitos ocorridos na esfera pública, uma vez que ela possibilita o estabelecimento de comprometimentos políticos. Para tanto, reserva-se a lei constitucional, devendo a doutrina da Primeira Emenda ser centrada no projeto do autogoverno democrático ainda que a sociedade

⁷⁵ Tradução: “Concordo com Shiffrin que a caridade interpretativa deve ser estendida abundantemente e de forma igualitária, mas no fundo me vejo incapaz de admitir o que a teoria da autonomia parece exigir: o pensamento de que em nossa sociedade a liberdade de expressão é a regra e não a exceção. A grande maioria das comunicações na sociedade hoje é regulada sem interferência constitucional; eles estão fora do escopo da Primeira Emenda. Portanto, parece-me que a tarefa essencial da Primeira Emenda é explicar por que a imunidade constitucional é estendida apenas a algumas formas de comunicação. Como a teoria da autonomia postula um valor que qualquer falante pode quase sempre alegar ser satisfatório, a autonomia não me parece ser um princípio que possa ser utilmente empregado para essa tarefa” (POST, 2011b, p. 626).

possa ter um comprometimento geral com o valor da autonomia individual (POST, 2011b, p. 627).

Uma forma de compreender melhor o argumento de Post e Weinstein contra a teoria da autonomia e suas possibilidades de disputa é analisar os exemplos que o primeiro dá:

Consider in this regard:

1. A palmist sells her services to a customer for a fee and is punished by a statute prohibiting fraudulent future telling.
 2. A palmist writes a book on palmistry to the general public. A member of the public sues and the palmist successfully pleads the First Amendment as a defense.
- Or:
3. A lawyer advises a client not to pay taxes that are owed and is sanctioned for malpractice.
 4. On a television show, a lawyer advocates withholding taxes because the government is illegitimate. He is sued for malpractice by a viewer who takes his advice. The lawyer successfully pleads the First Amendment in defense.
- Or:
5. Bill believes that his friend, Dan, is a thief and tells their mutual friends; Dan successfully sues for defamation.
 6. Bill believes that his friend Dan is a thief and tells their mutual friends. Dan is a congressman, and Bill successfully pleads the First Amendment in defense of Dan's lawsuit for defamation⁷⁶ (POST, 2011b, p. 627-628).

Segundo Post, todos os casos acima tratam sobre expressão, sendo que a autonomia do falante está igualmente em risco em todos os casos. Ainda sim, Post defende que no primeiro, terceiro e quinto caso tem-se a crença que a legislação irá sobrepor a autonomia exercida pela expressão individual em nome de outros valores sociais. Ao mesmo tempo, a autonomia da expressão é protegida pela Primeira Emenda no segundo, quarto e sexto caso, por causa da natureza pública da comunicação do falante. Esse padrão de resultados faz sentido para o autor apenas se a Primeira Emenda é estruturada para proteger legitimidade democrática, mas não caso seja centrada ao redor do valor da autonomia individual (POST, 2011b, p. 628).

4.4 A RELAÇÃO DA AUTONOMIA COM A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

⁷⁶ Tradução do autor: "Considere a este respeito: 1. Um quiromante vende seus serviços a um cliente por uma taxa e é punido por um estatuto que proíbe a adivinhação fraudulenta. 2. Um quiromante escreve um livro sobre quiromancia para o público em geral. Um membro do público processa e o quiromante defende com sucesso a Primeira Emenda como uma defesa. Ou: 3. Um advogado aconselha um cliente a não pagar impostos que são devidos e é sancionado por negligência. 4. Em um programa de televisão, um advogado defende a retenção de impostos porque o governo é ilegítimo. Ele é processado por negligência por um espectador que segue seu conselho. O advogado defende com sucesso a Primeira Emenda em defesa. Ou: 5. Bill acredita que seu amigo, Dan, é um ladrão e diz a seus amigos em comum; Dan processa com sucesso por difamação. 6. Bill acredita que seu amigo Dan é um ladrão e diz a seus amigos em comum. Dan é um congressista e Bill defende com sucesso a Primeira Emenda em defesa do processo de Dan por difamação." (POST, 2011b, p. 627-628).

Weinstein também trata de questões relativas à autonomia. Relembrando os questionamentos de Seana Shiffrin, a qual perguntou como se pode privilegiar o autogoverno coletivo ao autogoverno individual, Weinstein esclarece que a visão de autonomia individual implícita na concepção da democracia participatória é diferente da concepção de autonomia individual subjacente às expressões de autogoverno individual que Shiffrin descreve. Isso porque, como Post, Weinstein não trata de uma descrição da autonomia possuída pelos cidadãos, mas de uma atribuição de autonomia particular ao exercício do autogoverno democrático:

Most crucially, the view that when engaging in democratic selfgovernance, including democratic discourse, citizens are rational and autonomous is not a description but an ascription in service of the prescription that when we are engaged in democratic selfgovernance, government must treat us as rational and autonomous agents. This prescription and related ascription flow from the basic precept that in a democracy it is the people, both individually and collectively, not the government, that possess the ultimate sovereignty. If the government were able to suppress speech on the grounds that the people are either too foolish or too dependent to be trusted to hear information relevant to some collective decision on matters of public concern, then the government would, contrary to this basic precept, become the ultimate sovereign with respect to that decision. **When, however, we are acting in some capacity other than as the ultimate governors of society, government can treat us as not fully rational or fully autonomous without violating this core democratic precept**⁷⁷ (WEINSTEIN, 2011b, p. 670-671, grifou-se).

Ainda sim, Weinstein concede que teria sido preferível seguir a sugestão de Scanlon e evitar o termo autonomia por si só. No lugar, poderia-se apenas dizer que é inconsistente com a soberania popular que o governo suprima expressões porque não confia no povo para fazer a decisão correta sobre um assunto dentro de sua autoridade soberana. Dessa forma, o autor explica que é isso que quer dizer quando afirma que as pessoas envolvidas no discurso público *devem* ser tratadas como agentes racionais e autônomos (WEINSTEIN, 2011b, p. 671).

⁷⁷ Tradução do autor: “Mais crucialmente, a visão de que, ao se engajar na autogovernança democrática, incluindo o discurso democrático, os cidadãos são racionais e autônomos não é uma descrição, mas uma atribuição a serviço da prescrição de que quando estamos engajados na autogovernança democrática, o governo deve nos tratar como agentes racionais e autônomos. Esta prescrição e atribuição relacionada flui do preceito básico de que, em uma democracia, são as pessoas, tanto individual como coletivamente, e não o governo, que possuem a suprema soberania. Se o governo fosse capaz de reprimir o discurso alegando que as pessoas são tolas demais ou dependentes demais para serem confiáveis para ouvir informações relevantes para alguma decisão coletiva sobre assuntos de interesse público, então o governo, ao contrário deste preceito básico, se tornaria o último soberano em relação a essa decisão. Quando, no entanto, estamos agindo de alguma forma a não ser como os últimos governantes da sociedade, o governo pode nos tratar como não totalmente racional ou totalmente autônomo sem violar esse preceito democrático central.” (WEINSTEIN, 2011b, p. 670-671).

Weinstein também espera que esse esclarecimento do sentido atribucional da autonomia responda à objeção de Williams, a qual afirma que a divisão entre um domínio no qual as pessoas são consideradas autônomas e outro em que elas não são é uma distinção baseada em um modelo inadequado de autonomia. Além disso, para o autor, a necessidade de comunidade descrita por Williams não é forte o suficiente para justificar a imposição de restrições à expressão dentro do discurso público, uma vez que essas violariam o preceito democrático central que são as pessoas a autoridade final em questões de interesse público (WEINSTEIN, 2011b, p. 671).

Weinstein então passa a tratar especificamente das críticas de Baker. Este defende que o valor subjacente à democracia requer que essa atribuição seja estendida para além da esfera política para a expressão no chamado “mundo da vida”. Ele defende que o valor central da democracia está no respeito à autonomia que uma ordem legal, para manter sua pretensão de legitimidade, deve atribuir às pessoas que pede para obedecer suas leis. E se as intervenções governamentais para estruturar o discurso público respeitarem essa autonomia, Baker não vê razão para limitar regulações da fala. A pergunta do autor, por fim, consiste em lembrar que se tal regulação pode ocorrer quando a ordem legal tenta estruturar o mundo da vida, por que não poderia ser da mesma forma ocorrer quando estrutura a esfera política? (WEINSTEIN, 2011b, p. 671).

Após relembrar que Baker concorda do sentido atribucional da autonomia na esfera pública, Weinstein argumenta que a resposta ao questionamento de Baker deve ser encontrada na relação especial entre discurso público e legitimidade política. Ele afirma que Baker concorda consigo e com Post que a preocupação com a legitimidade é o valor mais profundo subjacente ao compromisso com a democracia participativa. Ao mesmo tempo, Weinstein e Baker concordam que, ao pedir que as pessoas obedeçam às leis, a ordem legal deve estar atribuindo a elas um certo grau de autonomia (WEINSTEIN, 2011b, p. 671-672).

A discordância aparece quando Weinstein argumenta que, embora a falta de respeito à autonomia fora do âmbito político possa, em algumas circunstâncias, implicar legitimidade política, as preocupações de legitimidade levantadas ao negar às pessoas a oportunidade de participar do processo que produz as leis que as vinculam são muito mais agudas e abrangentes. Em outras palavras, Weinstein defende que uma restrição à autonomia política, a qual é exercida por meio da participação no discurso público e possibilita o autogoverno democrático, levanta mais problemas de legitimidade do que regulamentações fora do âmbito político (WEINSTEIN, 2011b, p. 671-672).

Após, Weinstein passa a um tópico relacionado. Ele relembra uma dificuldade a qual ele teria discutido com Shiffrin, Baker e Post ao longo dos anos. Isso porque a combinação dos argumentos de Baker e Seana Shiffrin implicitamente levanta o seguinte desafio para a tentativa de confinar autonomia apenas aos agentes engajados no autogoverno democrático: a própria preocupação com a legitimidade não pressupõe agentes com pelo menos algum grau de autonomia e racionalidade? Sem essa pressuposição, por que existiria a preocupação se a imposição das leis às pessoas é legítima? O problema pode ser exemplificado pela metáfora utilizada por Weinstein: não há preocupação na legitimidade de se ordenar que o cão desça do sofá, pois não se pressupõe sua autonomia (WEINSTEIN, 2011b, p. 672-673).

Ademais, diferentemente da autonomia atribuída àqueles envolvidos no discurso público devido ao seu status soberano, o senso de autonomia subjacente à preocupação com a legitimidade é um pressuposto geral com um considerável escopo descritivo. Nesse sentido, esse senso de autonomia mínimo e descritivo se estende às pessoas em todas as suas capacidades, não apenas no âmbito político, quando essas agem como soberanos da sociedade democrática (WEINSTEIN, 2011b, p. 672-673).

Weinstein concorda que essa pressuposição de autonomia, derivada da preocupação com legitimidade política, não é confinada ao reino político. Ainda sim, ele considera que essa observação não significa que a autonomia atribuída às pessoas engajando no discurso público logicamente estenda-se, com a mesma força, para fora do âmbito político. Para ele, essa autonomia pressuposta para a preocupação com legitimidade seria uma autonomia descritiva, mínima e menos robusta do que a autonomia e racionalidade que necessita ser atribuída às pessoas no âmbito político, quando elas exercem sua capacidade como últimas governantes da sociedade. Portanto, ele acredita que seria melhor conceitualizar essa autonomia como uma pressuposição avaliativa do que como um valor subjacente à liberdade de expressão. Dessa forma, sem força capaz de alterar a doutrina constitucional da liberdade de expressão (WEINSTEIN, 2011b, p. 673).

4.5 A NECESSIDADE DE CATEGORIAS DE EXPRESSÃO

Outro tópico abordado por Weinstein diz respeito a algo que ele considera comumente ignorado nas discussões normativas sobre direitos constitucionais: a necessidade de se desenvolver uma doutrina que seja capaz de utilização prática. Ele justifica sua preocupação pragmática porque considera que regras impraticáveis de liberdade de expressão podem facilmente prejudicar os valores que devem promover (WEINSTEIN, 2011b, p. 673).

Sua crítica concentra-se no argumento exposto por Volokh em sua resposta à teoria de Post e Weinstein. Volokh defende uma abordagem inclusiva (“*all- inclusive approach*”), a qual, em síntese, defende a pressuposição que toda expressão deve ser protegida, exceto em casos específicos. Nessa doutrina, a criação de uma categoria constitucional explícita de “discurso público” deve ser evitada porque, paradoxalmente, sua utilização inevitavelmente enfraqueceria a proteção da expressão que é importante ao discurso público (WEINSTEIN, 2011b, p. 673-674).

Weinstein responde que é necessário existir algum padrão para separar a expressão protegida da desprotegida nesses contextos. E, para o autor, quaisquer que sejam os problemas que a categorização da expressão em assuntos de interesse público possa ter, eles empalideceriam em comparação àqueles que resultariam da aplicação da abordagem defendida por Volokh (WEINSTEIN, 2011b, p. 673-674).

Partindo da perspectiva da utilização da doutrina pelo judiciário, Weinstein defende que essa presunção não pode ser aplicada de qualquer maneira significativa. Para ele, diferentemente do padrão proposto pela *participatory theory*, não é evidente que valores constitucionais pretendem justificar a abordagem de Volokh. A consequência seria que ela provavelmente resultaria em um padrão ainda mais incerto para distinguir o discurso protegido. Se objetivo de rejeitar os critérios da *participatory theory* é evitar o enfraquecimento da proteção da expressão que é importante para o discurso público, Weinstein duvida que a solução seja substituir esse padrão por um que nem mesmo aponta a direção do autogoverno democrático aos tribunais (WEINSTEIN, 2011b, p. 675).

A preocupação de Weinstein com uma doutrina passível de aplicação também se manifesta nas críticas do autor à Blasi, Steven Shiffrin e Scanlon. Isso porque, para Weinstein, há um grave problema pragmático inerente ao reconhecimento de uma multiplicidade de valores nucleares. Apesar dele conceder que qualquer descrição precisa da doutrina atual necessite reconhecer normas além da democracia participativa, uma preocupação pragmática requer que exista um número limitado de valores hierarquicamente organizados (WEINSTEIN, 2011b, p. 678).

Nesse sentido, ele reafirma que embora possam existir outros valores democráticos amplamente aceitos, sua versão da democracia participativa seria o menos incontroverso como valor de liberdade de expressão judicialmente executável. Ele dá como o exemplo o fato de que enquanto todos podem aceitar a importância de um fluxo de informações adequado, conforme necessário para a tomada de decisões democráticas, seria problemático para os

tribunais justificarem essa norma por causa dos julgamentos quantitativos que tal avaliação exigiria (WEINSTEIN, 2011b, p. 668-669).

A resposta retorna a um tópico que tanto Weinstein como Post abordam em diversos momentos: a preocupação com a arbitrariedade judicial. Weinstein afirma que uma doutrina com múltiplos valores seria como um pintor que, com apenas três cores primárias, consegue criar qualquer outra. Nas mãos dos juízes, essa doutrina permitiria que em qualquer caso existiria liberdade para pintar praticamente qualquer imagem de proteção da Primeira Emenda. A consequência seria incerteza e subjetividade (WEINSTEIN, 2011b, p. 678).

Portanto, ele reitera que uma teoria baseada na participação democrática, além de se ajustar melhor à doutrina atual, possui forte apelo normativo. Sua visão de democracia participatória seria capaz de fornecer o tipo de fórmula qualitativa essencial às regras judicialmente administráveis. A alternativa seria a análise quantitativa inerente à operacionalização de valores, tais como a existente quando se assegura o fluxo de informação adequado para tomada de decisão coletivas ou na análise de legislações que possivelmente interferem com o livre mercado de idéias (WEINSTEIN, 2011b, p. 676).

Já Post, em sua análise de Volokh, compreende o argumento deste autor como um defesa de que a expressão deve receber um nível uniforme de proteção, sendo que as únicas variáveis que podem alterar tal nível são a força e a natureza dos interesses governamentais na regulamentação. Por isso Volokh daria preferência a abordagem inclusiva no lugar de focar em características especiais do discurso público (POST, 2011b, p. 629).

Enquanto Post concorda que há interesses governamentais distintos e que as características da proteção à expressão frequentemente dependem deles, ele não acredita ser possível sustentar que toda comunicação tem igual força e valor constitucional. Para o autor, as regulamentações que fogem do escopo da Primeira Emenda assim o fazem porque não possuem valor constitucional (POST, 2011b, p. 629).

Exemplos como responsabilidade em relações comerciais, formação de contratos e negligência médica seriam passíveis de regulamentação não por causa da falta de força do interesse governamental, mas por razão da natureza daquela comunicação. Por outro lado, na visão de Post, o governo precisa demonstrar interesses mais fortes quando intenta regular o discurso público do que quando trata sobre, por exemplo, propagandas comerciais. Para ele, a diferença só pode ser explicada pela natureza dos atos comunicativos (POST, 2011b, p. 629).

Logo, para Post, a questão é sempre sobre a categoria de proteção particular que uma expressão merece, não sendo a abordagem inclusiva de Volokh útil para responder a essa pergunta. Enquanto a abordagem inclusiva busca eliminar as diferenças entre categorias de

expressão, a *participatory theory* justamente tenciona primeiramente determinar qual o valor constitucional de uma expressão, para só então criar a proteção doutrinária adequada para resguardar tal valor (POST, 2011b, p. 630)

Na mesma linha, Post explica que seu foco no discurso público não é designado para mostrar que apenas o discurso público carrega valores da Primeira Emenda, mas que a proteção típica associada à Primeira Emenda deriva do distinto e único valor constitucional do discurso público. Nesse caso, regras que proíbem a discriminação de conteúdo surgem do valor específico do discurso público. O mesmo não pode ser dito dos valores constitucionais de outras formas de expressão, como no contexto das expressões comerciais, por exemplo, onde se permite discriminação de conteúdo (POST, 2011b, p. 630).

A resposta à abordagem inclusiva de Volokh serve para que Post sintetize sua visão de como funciona a proteção concedida pela Primeira Emenda:

The basic difficulty is that the presumptive all-inclusive approach does not correctly formulate the problem. It seeks to provide guidance about First Amendment doctrine by pointing to a fact in the world—speech. **I believe, by contrast, that the relevant question is the constitutional value served by conduct, which may or may not be what in ordinary language we call “speech.”** A law prohibiting the production of newsprint in order to save trees does not apply to what in ordinary language we call “speech,” yet such a law would certainly trigger First Amendment scrutiny because of its effect on the constitutional values served by newspapers. Conversely the regulation of some forms of communication that are undoubtedly “speech” in the ordinary meaning of language is simply outside the scope of the First Amendment. Contract law is a good example. **The basic point is that normative questions about First Amendment scope and protection must depend upon normative considerations and not upon some “fact” in the world**⁷⁸ (POST, 2011b, p. 631, grifou-se).

Após reiterar a posição da *participatory theory* sobre a relação entre valores constitucionais e a proteção concedida pela Primeira Emenda, um último ponto que merece ser abordado é a visão de Post sobre a possibilidade de “balanceamento”. Por mais que o autor afirme que a expressão possa assumir diferentes valores, Post se preocupa em explicitar que

⁷⁸ Tradução do autor: “A dificuldade básica é que a abordagem inclusiva não formula corretamente o problema. Ela procura fornecer orientação sobre a doutrina da Primeira Emenda apontando para um fato no mundo — a expressão. Creio, por contraste, que a questão relevante é o valor constitucional servido pela conduta, que pode ou não pode ser o que na linguagem comum chamamos de ‘expressão’. Uma lei que proíbe a produção de papel de jornal para salvar árvores não se aplica ao que na linguagem comum chamamos de ‘expressão’, mas tal lei certamente provocaria o escrutínio da Primeira Emenda por causa de seu efeito sobre os valores constitucionais desempenhados pelos jornais. Inversamente, a regulação de algumas formas de comunicação que são, sem dúvida, ‘expressão’ no sentido comum da linguagem, está simplesmente fora do escopo da Primeira Emenda. A lei de contratos é um bom exemplo. O ponto básico é que as questões normativas sobre o escopo e a proteção da Primeira Emenda devem depender de considerações normativas e não de algum ‘fato’ no mundo.” (POST, 2011b, p. 631).

isso não significa que seja sempre necessário que tais valores precisem ser balanceados uns contra outros ou contra interesses sociais relevantes. Nesse sentido, ele escreve:

There are of course circumstances when First Amendment decisionmaking entails the exercise of practical judgment that must somehow make sense of numerous disparate and incompatible considerations. The First Amendment may require this kind of practical judgment when media for the communication of ideas are regulated for perfectly appropriate reasons. We can call this "balancing" if we wish, but we ought to be aware that if used indiscriminately the metaphor can have several other quite misleading implications⁷⁹ (POST, 1995, p. 1279).

Ele afirma que a metáfora do balanceamento geralmente invoca a imagem de pesar os direitos de um contra aqueles de outro: o direito de alguém falar é contraposto com o direito de outra pessoa à uma reputação ilibada, ou o direito estatal de preservar sua segurança nacional, ou o direito de alguém estar livre de assédio sexual, entre outros. Para o autor, essa imagem se apresenta como equivocada na aplicação da Primeira Emenda (POST, 1995, p. 1279).

Isso porque, como visto, Post defende que as cortes decidem casos da Primeira Emenda autorizando práticas sociais particulares. Para esse propósito, direitos não podem ser vistos como anexos particulares de pessoas ou entidades, mas como instrumentos pela qual a lei localiza, define e sustenta práticas sociais desejáveis. Como exemplo, ele traz que a definição judicial do direito de um cidadão de criticar o governo dependerá se o magistrado reconhece no espaço social da expressão a prática da democracia ou as estruturas sociais de organização. Isso, entretanto, não seria uma questão de se chegar a um equilíbrio entre os direitos do cidadão e aqueles da organização estatal. Consistiria, na realidade, em uma corte decidindo qual tipo de prática social deve ser protegida nas circunstâncias daquela expressão (POST, 1995, p. 1279-1280).

A preocupação do autor é que a metáfora do balanceamento implica que o resultado de decisões sobre a Primeira Emenda podem geralmente ser compreendidas como um comprometimento entre interesses rivais, como se a lei de alguma forma "[...] takes a little from column A, and a little from column B, and somehow muddles forward in a manner that accommodates the essential demands of all sides."⁸⁰ Post não duvida que existam ocasiões em

⁷⁹ Tradução do autor: "Existem, é claro, circunstâncias em que o processo de fazer decisões da Primeira Emenda envolve o exercício de um julgamento prático que deve, de alguma forma, dar sentido a numerosas considerações diferentes e incompatíveis. A Primeira Emenda pode exigir este tipo de julgamento prático quando a mídia para a comunicação de ideias é regulada por razões perfeitamente apropriadas. Podemos chamar isso de 'balanceamento' se quisermos, mas devemos estar cientes de que, se usada indiscriminadamente, a metáfora pode ter várias outras implicações bastante equivocadas." (POST, 1995, p. 1279).

⁸⁰ Tradução do autor: "tira um pouco da coluna A, um pouco da coluna B, e de alguma forma embaralhada acomoda as exigências essenciais de todos os lados." (POST, 1995, p. 1280)

que a lei faz isso, mas ele entende os casos da Primeira Emenda como mais frequentemente tratando de decidir quais práticas sociais devem ser reconhecidas legalmente em contextos particulares (POST, 1995, p. 1280).

Assim, Post defende a significância dos valores legais como dependente das práticas sociais, devendo as cortes analisar tais questões considerando as dimensões materiais e sociais dos valores constitucionais:

[...] the image of balancing tends to focus judicial attention on abstract values or interests. Courts see themselves as weighing "truth" against "reputation," or "democracy" against "privacy." The values are envisioned as so many balls juggled in the air. But this is a very distorted picture, for the significance of legal values is in fact always inseparably connected to the social practices that are the precondition for their actual realization. We can of course reflect on these practices and attempt to change and improve them. But we cannot ever write on a clean slate, as though legal values and interests simply fell disembodied from a clear sky. To view First Amendment questions in terms of the boundaries of practices, therefore, has the significant benefit of forcing courts to consider the material and social dimensions of constitutional values⁸¹ (POST, 1995, p. 1280).

Por fim, a ideia de transigência é errônea visto que práticas sociais têm lógica e coerência internas. Em geral, decisões judiciais irão ao final refletir algum princípio às custas de outro, portanto autorizando uma prática ou outra. Nessas circunstâncias, para Post, as decisões judiciais podem ser melhor conceitualizadas como desenhando um limite entre práticas sociais distintas, algo que é muito diferente da imagem de harmonização entre interesses rivais (POST, 1995, p. 1280).

⁸¹ Tradução do autor: “[...] a imagem do balanceamento tende a concentrar atenção judicial em valores ou interesses abstratos. Os tribunais se vêem pesando ‘verdade’ contra ‘reputação’ ou ‘democracia’ contra ‘privacidade’. Os valores são visualizados como claves lançadas ao ar. Mas esta é uma imagem muito distorcida, pois o significado dos valores legais está, de fato, sempre inseparavelmente conectada às práticas sociais que são a pré-condição para sua realização real. Podemos, é claro, refletir sobre essas práticas e tentar modificá-las e melhorá-las. Mas nós nunca podemos escrever em uma lousa limpa, como se os valores e interesses legais simplesmente caíssem desprovidos de um corpo e oriundos do céu claro. Observar as questões da Primeira Emenda em termos das fronteiras das práticas, portanto, tem o benefício significativo de forçar os tribunais a considerar as dimensões materiais e sociais dos valores constitucionais” (POST, 1995, p. 1280).

5 CONCLUSÃO

O trabalho inicia com a pergunta feita por Schauer, o qual apontou que novos questionamentos sobre estratégias para a defesa da liberdade de expressão necessitam de uma resposta a uma pergunta prévia: por quais razões se protege a expressão? Sabendo-se os motivos, pode-se determinar que classes de atividades a Primeira Emenda foi designada para proteger e promover.

Já Scanlon explica que a pretensão de um direito tem uma ligação com um interesse a ser protegido. Ele define a ótica mais utilizada no campo da liberdade de expressão, que entende esse direito como uma liberdade negativa, no sentido de impedir que agentes governamentais interfiram no espaço de liberdade do cidadão.

Os interesses geralmente tratados no campo da liberdade de expressão também são inicialmente mencionados: a autonomia, livre mercado de ideias e democracia. Esses apontamentos introdutórios servem de base para aprofundações posteriores desses conceitos aparentemente simples.

Ainda no primeiro capítulo, aprofunda-se na relação entre a liberdade de expressão e o autogoverno democrático, explicitando-se a relação entre ambos primeiramente pela perspectiva de Alexander Meiklejohn e Owen Fiss. Atribuiu-se a essa vertente o título de coletivista, seguindo a definição de Post, uma vez que tais autores subordinam o direito individual de liberdade de expressão ao processo coletivo de deliberação pública. Essa perspectiva é visível na obra de Meiklejohn, onde a liberdade de expressão é o direito do público ouvir tudo que mereça ser ouvido, e não dos falantes de expressarem tudo que desejam.

Para fornecer critérios do que merece ser ouvido, Meiklejohn faz referência ao encontro municipal, no qual é utilizado um domínio gerencial para organizar as expressões dos participantes. O discurso público construído dessa forma informaria os eleitores e permitiria que esses fizessem escolhas coletivas de forma sábia. Dessa forma, ligaria-se a liberdade de expressão à concretização do autogoverno democrático. Fiss, de forma semelhante, advoga pelo exercício do domínio gerencial como uma possibilidade do Estado ser um amigo da liberdade da expressão, atentando-se à dimensão positiva do direito e apontando os desequilíbrios estruturais em uma sociedade controlada por grandes corporações midiáticas.

Após, apresentou-se traços gerais da democracia participatória como uma teoria da liberdade de expressão. Utilizou-se o termo *participatory theory* para descrever a vertente tanto de Robert Post quanto James Weinstein.

Foi visto que Post rejeita o majoritarianismo e teorias que igualem a democracia à tomada de decisões, além de realizar a defesa de um governo da opinião pública no qual o cidadão tenha o direito individual de participar de sua construção.

Além disso, em sua perspectiva, a Primeira Emenda deve ser interpretada não apenas pelo considerado normativamente superior, mas pelo relato histórico do país. Isso é, para Post, os princípios que guiam a Primeira Emenda não vem da lógica, mas de um comprometimento nacional o qual o autor busca identificar. Dessa forma, trouxe-se a perspectiva histórica de Post, na qual a opinião pública passa gradativamente a ganhar mais importância.

Nesse processo, Post resgata a história para definir a opinião pública como algo em constante criação, nunca terminada. Há uma distinção entre eleitorado e povo, com decisões particulares sendo frágeis e eleições apenas mecanismos intermitentes de consulta a essa opinião pública. Ele ainda argumenta que as decisões da Suprema Corte demonstram esse compromisso em suas decisões a partir de 1930.

Já seu suporte teórico pode ser inicialmente apresentado pela diferenciação entre autonomia e heteronomia. Esta consiste num governo em que se diferencia aqueles que fazem as leis dos súditos, enquanto na primeira as leis são feitas para as mesmas pessoas as quais elas se aplicam. Para Post, a democracia se trataria do último caso. Além disso, essa autodeterminação coletiva significaria a liberdade política do indivíduo na criação da ordem social.

Por consequência, há uma ligação entre o exercício da liberdade de expressão com a promoção da legitimidade democrática. Post define-a como subjetiva, consistente na identificação do cidadão com o processo de formação da opinião pública.

Ademais, a expressão para Post não possui importância constitucional por si só: ela adquire valor constitucional uma vez que representa uma prática social. A proteção da Primeira Emenda não seria da expressão em si, mas de formas particulares da estrutura social.

Já Weinstein, em sua defesa da *participatory theory*, advoga pelo seu poder tanto no nível descritivo quanto normativo. A defesa de seu poder descritivo ou explanatório aponta a correspondência entre a visão normativa da *participatory theory* e as decisões da Suprema Corte. E, seguindo o apresentado até o momento, defende-se que a proteção excepcionalmente

rigorosa à expressão aplica-se a realizada dentro do domínio do discurso público. Fora dele, o governo teria uma margem de manobra muito maior para regular o conteúdo da fala.

Pelo aspecto normativo, Weinstein apresenta novos argumentos. Ele defende a legitimidade do valor da participação na construção do discurso público, ressaltando que nessa modalidade ele seria amplamente aceito. Sem o cidadão poder participar na construção do governo, não se existiria democracia. Isso significa, inclusive, permitir discursos considerados de ódio. Afinal, quando um indivíduo é excluído de participar do discurso público, decisões advindas dessa discussão seriam ilegítimas.

Weinstein também defende o valor da participação face aos concorrentes diretos, em especial à autonomia, dado que a participação teria um campo de alcance mais estreito e, conseqüentemente, permitiria uma proteção mais forte. O autor também aponta como essa análise qualitativa, a qual busca saber se a expressão se encaixa na categoria de discurso público, impediria ou reduziria o arbítrio judicial. A autonomia, em contraste, requer uma análise quantitativa, a qual permitiria que juízes inserissem suas próprias discordâncias.

Explanada a *participatory theory* em termos gerais, passou-se às críticas levantadas. Optou-se por aquelas lançadas à Post e Weinstein pelos professores participantes de simpósio sobre o tema. Elas revelam visões competitivas sobre a liberdade de expressão, tratando tanto da abordagem sobre o tema quanto sobre os argumentos normativos levantados. Dessa forma, as críticas questionam o significado do comprometimento estadunidense com a Primeira Emenda, apresentam visões conceituais distintas, criticam a caracterização de conceitos utilizados por Post e Weinstein, e ainda trazem implicações possivelmente problemáticas da *participatory theory*.

Williams e Seana Shiffrin argumentaram pela necessidade de uma teoria independente das práticas históricas e judiciais, permitindo-se que ela assuma uma função crítica. Já Baker duvidou da possibilidade intentada por Post, argumentando que a tarefa de se explicar o comprometimento nacional significa uma interpretação guiada por um argumento normativo. Para o autor, esse ato interpretativo, quando busca legitimidade, não pode meramente apresentar uma suposta concordância, mas argumentar por que a democracia deve ser um valor constitucional central para a liberdade de expressão. Afinal, como relembra Baker, pode-se argumentar que o aspecto constitucional é tão importante, ou mais, do que o democrático na busca pela legitimidade.

Mais do que questionar a forma como a *participatory theory* apresenta o comprometimento nacional, as críticas levantadas por Williams, Seana Shiffrin e Volokh

duvidam de uma divisão rígida entre esfera pública e privada e, consequentemente, da utilização de discurso público como critério de proteção da expressão.

A divisão entre ambos é apontada pela *participatory theory* como normativa, e Seana Shiffrin argumenta que ela não é capaz de fugir de disputas interpretativas. Também argumenta como uma falha da teoria a capacidade de justificar diretamente a proteção de arte ou conversas interpessoais fora do âmbito público. Já Williams aponta como o conceito de autonomia não pode ser diferenciado da ideia de comunidade, sendo ambos interdependentes.

Nesse sentido, trouxe-se a crítica primeiramente formulada por Baker e posteriormente elaborada por Jarymowicz, a qual apontou a possibilidade de circularidade quando se vê a autonomia como um conceito estático que se traz ao discurso público. Ela ocorre caso se ignore como ocorre a problematização real das questões na esfera pública e a relação interdependente entre comunidade e autonomia. Afinal, quando se interpreta a possibilidade de autonomia do cidadão como dependente da comunidade na qual ele está inserido, percebe-se que para poder exercer a autonomia política de Post e, consequentemente, entrar no processo de participação da construção do discurso público, o cidadão precisa já ser previamente autônomo.

Também se questiona, pelo ponto de vista de Seana Shiffrin, que defende a autonomia como valor central da Primeira Emenda, como é possível comprometer-se com um ideal de autogoverno coletivo sem também defender o autogoverno individual. Ao mesmo tempo, Baker relembra que caso se defenda a democracia pelo ponto de vista da autonomia dos cidadãos, o mesmo valor pode ser utilizado para justificar limites à própria democracia.

Ademais, enquanto alguns autores defendem outros valores como centrais à Primeira Emenda, Steven Shiffrin e Scanlon parecem duvidar da possibilidade de se ver apenas um valor como central, argumentando por uma Primeira Emenda plurivalorativa. Essa perspectiva fugiria de qualquer intento qualitativo, defendendo uma análise quantitativa que seja capaz de iluminar os interesses em disputa.

Após, passou-se a algumas respostas da *participatory theory*. Post defende a abordagem do equilíbrio reflexivo, reafirmando que verificar o comprometimento estadunidense com a Primeira Emenda significa mais do que apenas promover indagações normativas sem conexão com as práticas existentes. Sua visão reverbera a ligação entre o direito e a prática social.

Já Weinstein argumenta que, apesar de adequação jurisprudencial não dever ser o único conceito a ser analisado, é um critério importante quando múltiplas teorias são atraentes normativamente. E, ao defender a consistência e a completude da *participatory theory* em

explicar a jurisprudência da Suprema Corte, o autor relembra que mais do que se prender às decisões específicas, deve-se lembrar do comprometimento nacional estadunidense em permitir mesmo expressões odiosas na medida em que elas consistam no exercício do direito individual de participação no discurso público.

Quanto à crítica de que a *participatory theory* não protegeria o a expressão particular em situações fora do âmbito público, Weinstein responde que seria analiticamente mais preciso proteger tais expressões utilizando outros dispositivos da Constituição estadunidense, os quais protegem a privacidade ou o direito de associação.

Concomitantemente, Post esclarece que, em sua perspectiva, a opinião pública é uma categoria mais ampla do que apenas comunicações sobre potenciais decisões governamentais, referindo também ao que a sociedade acredita e pensa. Aprofundou-se no tópico para notar que caso se abra demasiadamente o que é abarcado pelo conceito, ele perde força, uma vez que tudo que as pessoas conversam pode potencialmente afetar à opinião pública.

Logo, reafirma-se que esses contornos do que se considera discurso público é uma questão normativa. Para Post, trata-se de um processo social de autoconstituição e autodescobrimento, com as cortes manifestando respeito à história quanto tentam fixar os limites do discurso público fazendo referências às normas sociais que criam o gênero.

Ademais, percebe-se que há uma concordância quanto à interdependência entre comunidade e autonomia. Nesse sentido, precisa-se clarificar que a autonomia política disposta pela *participatory theory* não é descritiva, mas uma atribuição. Quando o cidadão está engajado no autogoverno democrático, atribui-se autonomia a ele para que o governo o trate como um agente racional e autônomo. Essa atribuição deriva da ideia que numa democracia é o povo, tanto individualmente quanto coletivamente, que possui a soberania. Já em outras capacidades, as quais não envolvem o governo da sociedade, o Estado pode tratar o cidadão como não totalmente racional e autônomo sem violar esse preceito democrático nuclear.

Isso não significa que se ignora que há nessa relação uma constante tensão. Sendo que Post considera o discurso público dentro da democracia como o meio pelo qual se escolhe as formas de vida em comum, na medida em que a democracia precisa abrir esse espaço de autoconstituição, ela precisa simultaneamente suspender as regras de civilidade ditadas pela própria democracia.

Seria essa necessidade de se suspender regras de civilidade dentro da construção da opinião pública, e que tornam ela apta a gerar legitimidade, que levaria ao que o autor chama de paradoxo do discurso público: em nome da democracia, suspende-se as regras que fazem a

deliberação ser considerada civil e apta a incutir um senso de legitimidade. O discurso público, ao mesmo tempo que não pode ser constrito por regras de civilidade, depende da observância voluntária delas para gerar opinião pública capaz de gerar o sentimento de legitimidade democrática. Por isso, o autor afirma que o discurso público precisa estar imerso num senso de comunidade e de cultura democrática.

Dessa forma, não se nega que a análise normativa dos limites do discurso público não é neutra. Ao mesmo tempo, reconhece-se que uma divisão rígida desses limites é impossível, dado que se trata de uma interminável negociação entre o autogoverno democrático e a vida em comunidade. No mesmo sentido, Post não consegue conceber que a liberdade de expressão (e, portanto, a suspensão das regras de civilidade) seja a regra, tratando-se de uma exceção.

Quanto aos questionamentos sobre por que não utilizar a autonomia política para limitar a própria democracia, uma vez que serve para conferir-lhe legitimidade, o argumento dos autores reitera os custos exacerbados à própria democracia e legitimidade. Weinstein explicitamente afirma que as preocupações de legitimidade levantadas ao se negar a possibilidade de participação no discurso público são mais agudas do que as regulamentações fora desse âmbito.

Após tratar das questões relativas ao conceito de discurso público, também se relembra a preocupação pragmática de Weinstein com a criação de uma doutrina passível de aplicação judicial. Ele reitera a possibilidade de arbítrio judicial, o qual pode ser reforçado por uma doutrina plurivalorativa. Ademais, trouxe-se algumas críticas próprias de Post à ideia de balanceamento no campo da liberdade de expressão, pois ela ignoraria que a Primeira Emenda se tratara de autorizar práticas sociais particulares. Isso é, não seria questão de se chegar a um equilíbrio, mas de decidir qual prática social deve ser protegida nas circunstâncias concretas.

Por fim, espera-se que o trabalho tenha apresentado de forma satisfatória a *participatory theory* proposta por Robert Post e desenvolvida por James Weinstein. Além disso, que a sintematização das críticas mais agudas tenha sido capaz de abrir espaço para respostas que melhor expliquem as concepções e argumentos de ambos os autores.

REFERÊNCIAS

BAKER, Edwin C. Is democracy a sound basis for a free speech principle? **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 515-529, maio 2011. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/democracy-sound-basis-free-speech-principle>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BAKER, Edwin. Steve Shiffrin: friend and scholar. **Loyola Law Review**, v. 41, p. 49-51, set. 2007. Disponível em: <<https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2596&context=llr>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BLASI, Vincent. Democratic Participation and the Freedom of Speech: A Response to Post and Weinstein. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 531- 540, 2011. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/democratic-participation-and-freedom-speech-response-post-and-weinstein>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRENNAN, William J. The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment. **Harvard Law Review**, v. 79, n. 1, p. 1-20, nov. 1965.

BRISON, Susan J. The Autonomy Defense of Free Speech, **The University of Chicago Press**, v. 108, n. 2, p. 312-339, jan 1998. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/10.1086/233807>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Democracy and dictatorship**. University of minnesota press, 1989.

FISS, Owen M., Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**, p. 1405-1425, 1986. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1210>. Acesso em: 19 nov. 2018.

FISS, Owen. **The irony of free speech**. Harvard University Press, 1998.

GROSS, Clarrisa Piterman. Pode dizer ou não? Jeremy Waldron e Ronald Dworkin discutem (e discordam!) sobre liberdade de expressão e discurso de ódio. In JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Teoria do Direito Contemporânea: autores e temas**. Curitiba: Juruá, 2017.

JARYMOWICZ, Thomas. Robert Post's theory of freedom of speech: A critique of the reductive conception of political liberty. **Philosophy & Social Criticism**, v. 40, n.1, p. 107–123, jan. 2014.

KELSEN. **General theory of law and state**. Harvard University press, 1949

LEE, C.; FERGUSON, B.; EARLEY, D. **After Citizens United: the story in the states**. New York: Brennan Center, 2014. Disponível em: <<https://www.brennancenter.org/publication/after-citizens-united-story-states>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? Revista Direito GV, v. 13, n. 1, p. 274-302, mai. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68919>>. Acesso em: 07 Jul. 2018.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self-Government**. New York: Harper Brothers Publishers, 1948.

MEIKLEJOHN, Alexander. The first amendment is an absolute. **The Supreme Court Review**, v. 1961, p. 245-266, 1961. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3108719?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Participatory Democracy as a Theory of Free Speech: a reply. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 617-632, maio 2011. Disponível em: <http://www.virginialawreview.org/volumes/content/participatory-democracy-theory-free-speech-reply>. Acesso em: 19 nov. 2018.

POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, agosto 2010. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1079&context=californialawreview>. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. A progressive perspective on freedom of speech. In: BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. **The Constitution in 2020**. New York: Oxford University Press, 2009.

POST, Robert C. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. **University of Colorado Law Review**, p. 1109-1137, 1993. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/203/. Acesso em: 19 nov. 2018.

POST, Robert. et al. **Citizens Divided**. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2014

POST, Robert. The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 3, jan. 1990. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/210/. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Racist Speech, Democracy, and the First Amendment. **William and Mary Law Review**, v. 32, n. 2, jan. 1991, p. 267-327. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1207&context=fss_papers. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Managing Deliberation: The Quandary of Democratic Dialogue. **Ethics**, v. 103, jul. 1993, p. 654-678. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/204/. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Recuperating First Amendment Doctrine. **Stanford Law Review**, v. 47, jul. 1995, p. 1249-1281. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/200/. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Community and the First Amendment. **Arizona State Law Journal**, v. 29, jan. 1997, p. 473-484. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/196/. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford Scholarship Online, 2009. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199548781.001.0001/acprof-9780199548781>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

POST, Robert. Teorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, agosto 2010. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4644/>. Acesso em: 05 jan. 2019.

PONTES, André Luiz Marcondes. Dworkin, Rawls e o método do equilíbrio reflexivo. In JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **Teoria do Direito Contemporânea: autores e temas**. Curitiba: Juruá, 2017.

ROSTBØLL, Christian. Freedom of Expression, Deliberation, Autonomy and Respect. **European Journal of Political Theory**, v. 10, n. 1, p. 5-21, jan. 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/254088412_Freedom_of_Expression_Deliberation_Autonomy_and_Respect>. Acesso em: 05 jan. 2019.

SHIFFRIN, Seana Valentine. Methodology in free speech theory. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 549-558, maio 2011.

SHIFFRIN, Steven. Dissent, Democratic Participation, and First Amendment Methodology. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 559-565, maio 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41261522?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 05 jan. 2019.

SCANLON, T. M. Why not base free speech on autonomy or democracy? **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 541-548, maio 2011a. Disponível em: <<http://www.virginialawreview.org/volumes/content/why-not-base-free-speech-autonomy-or-democracy>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SCHAUER, Frederick. Must Speech Be Special? **Northwestern University Law Review**, v. 79, n. 5, 1983. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/878>>. Acesso em: 07 Jul. 2018.

VOLOKH, Eugene. The trouble with public discourse as a limitation on free speech rights. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 567- 594, abril 2011. Disponível em: <<http://virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/567.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

VOLOKH, Eugene. In defense of the Marketplace of Ideas / Search for Truth as a Theory of Free Speech protection. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 595-602, abril 2011. Disponível em: <<http://virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/567.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

WEINSTEIN, James. Participatory democracy as the central value of American free speech doctrine. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 491-514, 2011. Disponível em: <https://web.law.asu.edu/Portals/31/Weinstein_UVA_May_2011.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

WEINSTEIN, James. Participatory democracy as the central value of American free speech doctrine: a reply. **Virginia Law Review**, v. 97, n. 3, p. 633-680, 2011. Disponível em: <http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/633_0.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019

WEINSTEIN, James. Hate Speech Bans, Democracy and Political Legitimacy. **Constitutional Commentary**, v. 32, n. 3 p. 527-583, outono 2017. Disponível em: <<https://conservancy.umn.edu/handle/11299/191522>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

WILLIAMS, Susan H. Democracy Freedom of Speech and Feminist Theory. A Response to Post and Weinstein. **Virginia Law Review**, v. 97, p. 603-616, 2011. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1322/>>. Acesso em: 07 jan. 2019.